This is a digital copy of a book that was preserved for generations on library shelves before it was carefully scanned by Google as part of a project to make the world's books discoverable online.

It has survived long enough for the copyright to expire and the book to enter the public domain. A public domain book is one that was never subject to copyright or whose legal copyright term has expired. Whether a book is in the public domain may vary country to country. Public domain books are our gateways to the past, representing a wealth of history, culture and knowledge that's often difficult to discover.

Marks, notations and other marginalia present in the original volume will appear in this file - a reminder of this book's long journey from the publisher to a library and finally to you.

Usage guidelines

Google is proud to partner with libraries to digitize public domain materials and make them widely accessible. Public domain books belong to the public and we are merely their custodians. Nevertheless, this work is expensive, so in order to keep providing this resource, we have taken steps to prevent abuse by commercial parties, including placing technical restrictions on automated querying.

We also ask that you:

+ *Make non-commercial use of the files* We designed Google Book Search for use by individuals, and we request that you use these files for personal, non-commercial purposes.
+ *Refrain from automated querying* Do not send automated queries of any sort to Google's system: If you are conducting research on machine translation, optical character recognition or other areas where access to a large amount of text is helpful, please contact us. We encourage the use of public domain materials for these purposes and may be able to help.
+ *Maintain attribution* The Google "watermark" you see on each file is essential for informing people about this project and helping them find additional materials through Google Book Search. Please do not remove it.
+ *Keep it legal* Whatever your use, remember that you are responsible for ensuring that what you are doing is legal. Do not assume that just because we believe a book is in the public domain for users in the United States, that the work is also in the public domain for users in other countries. Whether a book is still in copyright varies from country to country, and we can't offer guidance on whether any specific use of any specific book is allowed. Please do not assume that a book's appearance in Google Book Search means it can be used in any manner anywhere in the world. Copyright infringement liability can be quite severe.

About Google Book Search

Google's mission is to organize the world's information and to make it universally accessible and useful. Google Book Search helps readers discover the world's books while helping authors and publishers reach new audiences. You can search through the full text of this book on the web at `http://books.google.com/`

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

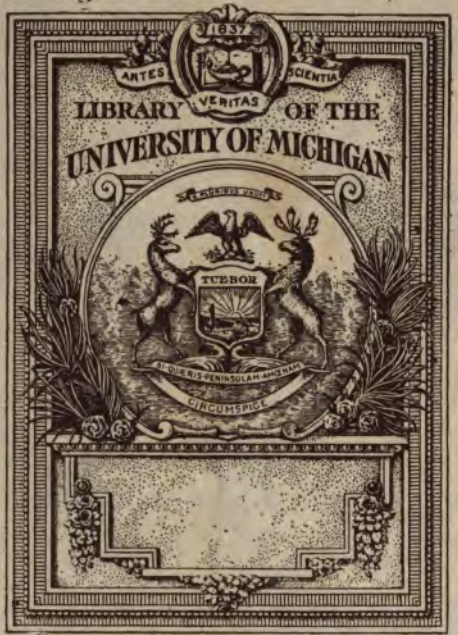
+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

A 455590 DUPL


1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
E PLURIBUS UNUM
TUEBOR
SI QUÆRIS PENINSULAM AMŒNAM
CIRCUMSPICE

350.05
R46
HL7

REVUE

DE

LÉGISLATION

ANCIENNE ET MODERNE

FRANÇAISE ET ÉTRANGÈRE

REVUE historique
DE
LÉGISLATION
ANCIENNE & MODERNE
droit FRANÇAISE ET ÉTRANGÈRE

PUBLIÉE SOUS LA DIRECTION DE MM.

Édouard LABOULAYE
Membre de l'Institut,
Professeur de législation comparée au Collége de France,

Eugène DE ROZIÈRE
Membre de l'Institut
Inspecteur général des Archives,

Rodolphe DARESTE
Avocat au Conseil d'état et à la Cour de Cassation.

ANNÉE 1870-71.

PARIS
ERNEST THORIN, ÉDITEUR
7, RUE DE MÉDICIS, 7

1870-1871

REVUE DE LÉGISLATION

ANCIENNE & MODERNE

FRANÇAISE ET ÉTRANGÈRE

INTRODUCTION.

Il est peu nécessaire d'indiquer le caractère de cette Revue de législation; le nom des trois directeurs dit assez que, de même que la *Revue historique*, ce nouveau recueil sera consacré à l'histoire du droit et à la législation comparée. Nous continuerons l'œuvre que nous poursuivons depuis quinze ans.

Mais peut-être est-il à propos d'insister sur l'utilité de ces études. Quoique depuis trente ans l'histoire du droit ne soit plus négligée, comme elle l'a été durant plus d'un siècle, il s'en faut cependant qu'on l'estime à sa juste valeur. Pour beaucoup de gens elle n'est encore qu'une œuvre d'érudition, le luxe de la science, et non pas la science même. C'est contre cette erreur que nous ne nous lasserons pas de protester.

Le droit, comme toutes les études qui ont pour objet l'homme et la société, a trois aspects différents; il a un passé, un présent, un avenir. Qui n'embrasse pas la science sous ces trois aspects, n'en voit qu'un fragment et n'est qu'un jurisconsulte incomplet.

Considéré dans le présent, le droit ou la jurisprudence est l'ensemble des lois qui règlent les rapports civils et

363152

politiques des citoyens d'un même état, ou des différents peuples entre eux. C'est l'étude principale du magistrat et de l'avocat. Connaître ces lois, en posséder la lettre, en pénétrer l'esprit, en déduire les conséquences, en poursuivre l'application, c'est là une œuvre délicate, qui demande un long travail, un jugement droit, une grande force de raisonnement. De bons jurisconsultes, qui ne se perdent pas dans de vaines subtilités, mais qui tirent de la loi tout ce qu'elle renferme, sont aussi nécessaires à un pays que de sages législateurs.

De ce côté la France n'a rien à envier. Dans le professorat, dans la magistrature, au barreau, elle compte des noms justement célèbres. Les traités de droit français, traités généraux ou particuliers, ne sont pas lus seulement en France. Nos grands recueils de jurisprudence sont fort estimés, et nous possédons également d'excellentes revues. En ce point, je crois que nous pouvons soutenir la comparaison avec les pays les plus favorisés, et il me semblerait inutile de publier un nouveau journal ayant pour objet la pratique. La place est occupée et bien occupée.

Considéré dans l'avenir, au point de vue des réformes que réclame le changement des idées et des besoins, le droit est l'étude du publiciste plutôt que du jurisconsulte. La vie des peuples, dans son incessante mobilité, amène des faits nouveaux, crée de nouveaux intérêts; c'est ainsi qu'en peu d'années nous avons vu naître ou se développer la grande industrie, la banque, le commerce extérieur; tandis que la vapeur et l'électricité, supprimant les distances, ont fait du monde entier un pays de médiocre étendue. En même temps, et sous l'empire de ces découvertes, la olitique, l'économie politique, la morale, l'hygiène ont

pris un essor inconnu. De nouvelles perspectives se sont ouvertes, les idées d'humanité et de fraternité ont grandi, et si je puis me servir de cette expression, la conscience humaine a été renouvelée. L'esclavage, qui ne révoltait pas nos pères, nous fait horreur; et nous avons proclamé le respect de l'individu et de la propriété jusqu'au milieu des fureurs de la guerre sur terre et sur mer.

Ces principes nouveaux, qui sont l'honneur de la civilisation moderne, ont-ils, pénétré dans la jurisprudence? Pas encore. Déjà sans doute ils s'y font sentir, mais il s'en faut que la réforme soit complète. D'où vient cela? C'est que le droit, on ne l'a pas assez remarqué, n'est pas une science qui vive de sa propre vie. A vrai dire le droit n'est que la résultante des sciences sociales, le point où la vérité découverte passe enfin de la théorie dans la pratique. Quand le politique ou l'économiste ont démontré qu'une idée était vraie ou utile, le législateur s'en empare à son tour; il recherche si cette idée est juste, c'est-à-dire si elle n'entraîne pas après elle un changement dans les rapports sociaux. Est-il convaincu de la justice de cette réforme, il adopte l'idée et lui donne droit de cité par la sanction de la loi. De là vient que la jurisprudence marche à la suite des autres sciences sociales; elle n'en est que l'application. De là vient aussi qu'on ne citerait pas dans l'histoire une grande vérité découverte et proclamée par un jurisconsulte. Le rôle du juriconsulte est plus modeste sans être moins utile. Comme le Romain, il laisse à de plus ardents ou de plus heureux la recherche de l'inconnu; sa mission à lui est de régler et de gouverner les relations humaines :

> Tu regere imperio populos, Romane, memento,
> Hæ tibi erunt artes.

Montesquieu, Voltaire, Beccaria, dénoncent au nom de l'humanité toutes les barbaries de la procédure et du droit criminel; c'est quand ils ont conquis l'opinion que le législateur abolit ces pratiques odieuses et perfides. Benezet Clarkson, Wilberforce, flétrissent la traite et l'esclavage, il leur faut trente ans de lutte pour que le parlement anglais sanctionne leurs justes réclamations; il n'a fallu guère moins de temps à Cobden pour briser cette muraille de la Chine dans laquelle s'enfermait l'Angleterre, et pour faire enfin entrer dans le droit des gens le grand principe de la liberté commerciale.

Mais si le jurisconsulte, en tant que jurisconsulte, n'a pas à s'occuper directement des idées nouvelles, germes des lois futures, il n'en est pas de même quand ces idées ont pris corps chez d'autres peuples, et ont reçu de la loi le baptême juridique. La législation comparée est aujourd'hui une des études les plus nécessaires pour un jurisconsulte digne de ce nom. En examinant les lois des autres pays, il est sur son terrain. Il ne s'agit plus de théories toujours contestables, tant qu'elles ne sont pas pas entrées dans le domaine des faits; il s'agit de dispositions légales dont on peut apprécier la justice et l'utilité. Est-il bon de supprimer le taux légal de l'intérêt, et de laisser aux citoyens le soin de fixer le prix de l'argent comme de toute autre marchandise, voilà une question qui est tranchée pour les économistes depuis un siècle. Turgot a résolu le problème. Plus d'un jurisconsulte résiste encore à cette éclatante vérité. Mais si l'expérience des pays étrangers prouve jusqu'à l'évidence la justice et les avantages de cette réforme, qu'est-ce que cette résistance, sinon une preuve d'ignorance et d'aveuglement? La publicité de l'instruction criminelle, la réforme pénitentiaire suivant

le système irlandais, l'universalité et la gratuité de l'éducation, autant de questions qui sont sorties du monde des idées pour prendre une forme palpable. Est-il permis à un jurisconsulte français d'ignorer ce qui se fait, ce qui réussit en Angleterre et en Amérique? Et, lorsque la Prusse, dans son projet de Code pénal pour la Confédération du Nord, propose de supprimer vingt-deux Codes criminels pour en établir un qui donne raison aux idées nouvelles, est-il admissible qu'en France nous nous contentions d'une stérile admiration du passé?

Dans une revue de législation il est donc nécessaire de faire une assez large place à la législation comparée, et nous ne manquerons pas à ce devoir en faisant appel au zèle de nos collaborateurs.

Reste enfin le droit considéré dans le passé, en d'autres termes l'histoire du droit.

On peut étudier l'histoire de droit pour y chercher l'esprit de la législation moderne; il est évident que nos Codes plongent dans le passé par toutes leurs racines. Je n'examine point si c'est là leur force ou leur faiblesse, il me suffit de dire qu'on ne connaîtra jamais le véritable esprit de nos Codes, si l'on ne remonte pas beaucoup au delà des discussions du Conseil d'Etat.

Du reste, il est inutile d'insister sur ce point. Depuis vingt ans l'attention de nos jurisconsultes s'est portée de ce côté; on pourrait citer, parmi nos thèses de docteurs, de bons travaux qui ont porté la lumière sur les origines de nos institutions. On est entré dans la bonne voie, il n'y a qu'à y persévérer.

Mais l'histoire du droit n'est pas seulement la préface des lois existantes; elle a une tout autre importance quand on réfléchit sur le véritable caractère de la science

du droit. Si, comme je l'ai dit plus haut, le droit est la résultante des sciences sociales, la forme visible des idées reçues dans un siècle, l'histoire du droit est l'histoire même de la civilisation. Je n'ignore pas qu'on en a dit autant de tous les arts et de toutes les sciences, je ne conteste pas que chaque siècle ait son architecture, sa poésie, sa philosophie, sa morale, son économie politique, comme il a sa législation. Mais il y a cette énorme différence que dans les sciences comme dans les arts il faut toujours faire la part, et une grande part, au génie de l'individu. Raphaël, je le veux bien, ne pouvait être ce qu'il a été qu'en Italie, et au XVIe siècle; Descartes n'aurait pas écrit de même façon au temps de saint Thomas d'Acquin, je l'accorde; mais si Raphaël, si Descartes n'avaient point existé, aurions-nous le *Spasimo di Sicilia* et le *Discours sur la méthode?*

La législation au contraire est quelque chose d'impersonnel. Supprimez par la pensée Dumoulin, L'Hôpital ou Cambacérès, vous n'en aurez pas moins les ordonnances des Valois ou le Code civil. Pour qui veut étudier l'état moral et politique d'un pays ou d'un siècle, les lois sont donc la pierre de touche par excellence. C'est une étude qui complète et rectifie toutes les autres, et que rien ne peut remplacer.

Cette étude est infinie; ce champ, qui promet des trésors, est à peine fouillé. La philologie moderne nous a révélé les rapports fraternels du sanscrit et de la plupart des langues anciennes et modernes de l'Europe, comment n'a-t-on pas mieux étudié l'ancien droit indien qui fait le pont entre les deux grands systèmes de droit qui se partagent notre continent, le droit romain et le droit germanique? C'est dans les lois de Manou, c'est dans le

Code d'Yâinavalkya, et surtout, dit-on, dans ses commentaires qu'on trouve la clef des origines juridiques de Rome et de la Germanie. Comment a-t-on jusqu'à présent porté tout l'effort de l'érudition sur les lois romaines et laissé le droit grec dans une demi-obscurité? C'est même un lieu commun que de donner à Rome le suprématie juridique, et de dire que la Grèce, si admirable dans les arts, est inférieure par sa législation. Est-ce là une chose probable? Se peut-il que le peuple de l'antiquité le plus éclairé, le plus humain, le plus artiste, n'ait pas fait passer dans ses institutions les idées qni l'ont rendu immortel? Quoi! ces Athéniens pour qui Platon écrivait sa *République* n'entendaient rien à la justice? Quoi! la *Morale* et la *Politique* d'Aristote, ces deux chefs-d'œuvre, ne seraient que des météores qui auraient traversé par hasard le ciel de la Grèce? Ce ne seraient pas les institutions et les idées de son temps qu'aurait exposées le plus grand observateur de l'antiquité? En vérité, ce serait là un prodige inconcevable. J'estime au contraire que si l'on veut étudier sérieusement le droit grec, il ne sera pas difficile de démontrer que moins formalistes que les Romains, les Grecs leur étaient supérieurs au point de vue de la justice et de l'équité. Il y a là un beau sujet à traiter : il est fait pour tenter l'ambition d'un jeune érudit.

Les temps barbares, le moyen âge, l'époque des grandes monarchies, sont autant de mines inépuisables. Aussi continuerons-nous à publier les coutumes inédites et les documents juridiques qui nous sembleront les plus curieux. Quoiqu'on ait imprimé un nombre prodigieux de pièces, il en reste encore beaucoup qui n'ont pas vu la lumière, et qui ont pour nous un intérêt particulier. Dans les histoires de provinces, de villes, de grandes familles,

qu'on a publiées depuis le XVIe siècle, on s'est surtout attaché aux documents historiques, aux pièces généalogiques, on s'est moins inquiété des vieux usages, des coutumes locales, des concessions faites aux vassaux et aux vilains. C'est là cependant qu'est l'histoire du peuple de France, et non pas dans les chroniques, où l'on ne nous parle guère que du roi, de la cour et des chevaliers. Il faut combler cette lacune ; c'est là une œuvre qu'un jurisconsulte seul peut accomplir, en mettant les faits au grand jour, sans haine et sans passion.

Nous avons donc devant nous un champ immense, mais pour l'exploiter il nous faut le concours d'amis dévoués. La *Revue historique* a fraternellement accueilli tous ceux qui lui ont apporté des recherches sérieuses, nous ne serons pas moins heureux d'ouvrir cette nouvelle Revue à tous ceux qui s'intéressent à l'histoire du droit. Nous faisons surtout appel aux jeunes gens de bonne volonté, auxquels souvent manque l'occasion de se produire. Ce serait un bonheur pour nous que d'encourager ces belles recherches et de ramener l'attention des jurisconsultes sur des études qui sont la gloire de l'Allemagne, et qui sont trop négligées dans notre pays. Comment se fait-il que nous n'ayons pas une histoire de droit français ? Ne se trouvera-t-il personne pour élever ce monument, et prendre place à côté de Montesquieu ?

ED. LABOULAYE.

DE LA PREUVE TESTIMONIALE ET LITTÉRALE

EN PROVENCE

AUX XIIIe ET XIVe SIÈCLES (1).

Dans toutes les contestations soumises aux tribunaux, il y a un problème plus ou moins ardu à résoudre : *où est la vérité?* Le demandeur affirme, le défendeur nie; il faut donner gain de cause à l'un ou à l'autre, et alors on en vient à faire ce qu'on appelle, en termes techniques, une *instruction*.

A ce moment, chacun des plaideurs apporte ses *preuves*, c'est-à-dire les moyens de sortir du doute, d'arriver avec certitude à la connaissance de la vérité.

Dans les procès, le doute ne s'élève pas ordinairement à l'occasion des principes, mais bien à l'occasion des faits auxquels il faut appliquer la loi. Ainsi, dans une succession, on sait que les biens passent d'abord aux descendants, mais la question douteuse peut être de savoir si celui qui se présente est bien le fils du *de cujus*.

Quelquefois cependant la règle elle-même peut être mise en question, comme cela se présentait dans notre ancien droit pour les dispositions coutumières; ce qui faisait dire à Beaumanoir, au XIIIe siècle : « Mais, quand « aucuns cas adviennent qui sont en doute de coustumes, « la poent queir preuves » (Cout. de Beauvoisis, chap. 39, § 10). Et plus tard Charondas déclarait dans ses notes sur

(1) Tous les textes cités, en dehors des Statuts de Marseille, ont été tirés du 2e volume de l'*Histoire du Droit français au moyen âge*, par M. Giraud.

la Somme rurale de Jehan Bouteiller : « Anciennement « les coutumes n'étaient écrites et la preuve s'en faisait « par *turbes* » (tit. 2, annot.).

Mais, il faut le constater, la *preuve*, dans la science du droit, est une chimère insaisissable, car il reste toujours une place pour le doute. L'aveu lui-même, que Quintilien appelait « qualemcumque contra se pronunciatio- « nem » (314e déclamat.), est tellement suspect qu'il est repoussé par le législateur dans bien des circonstances ; à Rome pour les donations entre époux déguisées sous la forme de dettes, en France dans les séparations de corps et de biens, etc.

En dehors de l'aveu des parties, il ne reste au juge, pour former sa conviction, que les déclarations des tiers, le *témoignage*, et sans dire comme Racine :

« Il est vrai que du Mans il en vient par douzaines... »

l'expérience des affaires démontre le peu de foi que doivent souvent inspirer les témoins. Au palais, la vérité officielle n'est pas toujours la vérité vraie.

Comme conclusion, il faut donc accepter cette formule : dans les procès on peut arriver à une présomption, c'est-à-dire à la déduction d'un fait connu, l'aveu ou le témoignage, à l'existence d'un fait inconnu, la vérité ; mais il reste toujours pour le sceptique la possibilité de douter.

Paul affirme qu'il a vu X. mettre le feu à une maison. Dit-il la vérité ?

Paul écrit ou dit : J'ai vu *Primus* compter mille sesterces à X. N'est-ce pas un mensonge ?

C'est dans ce doute possible que se trouve l'explication des systèmes de preuves admis aux diverses époques de l'histoire et dans les différents pays.

Chez les Francs et les Germains, par exemple, on se

défie tellement de la véracité humaine, qu'on fait appel direct à la divinité dans les ordalies de l'eau bouillante, de l'eau froide, des socs rouges sur lesquels il faut marcher. Dieu ne peut pas laisser succomber celui qui invoque le bon droit.

Pour les procès civils, c'est le duel judiciaire que les Germains font remonter jusqu'à leur dieu Odin. Dans la sagha d'Edill, chronique du xe siècle, on lit qu'une personne prétendant à une succession proposait le duel, et le narrateur ajoute : ce qu'Edill proposait était la loi et une coutume ancienne, car tout homme demandeur ou défendeur a le droit d'en provoquer un autre. Le même principe se retrouve dans les lois des Allemands, des Ripuaires, des Bourguignons, des Saxons, et même chez les Francs Saliens, malgré le silence de la loi Salique. Grégoire de Tours (liv. 8, ch. 14) mentionne le duel judiciaire au vie siècle ; Frédégaire également (chapitre 51, anno 623).

On pouvait provoquer le juge et les témoins comme l'adversaire ; il fallait accepter le défi et combattre : chez les Francs, chez les Lombards, avec le bouclier et le bâton ; chez les Saxons, chez les Allemands, avec l'épée. Au civil, le vaincu perdait son procès; au criminel, il était pendu, s'il ne se rachetait point par le wergheld. Les enfants, les femmes, les ecclésiastiques pouvaient combattre par champion.

Les ordalies disparurent dans le nord de la France avec l'établissement de la féodalité; mais le duel judiciaire persista jusqu'à la fin du xve siècle, avec certaines modifications. Avant l'année 1260, il fut admis même dans les domaines des rois de France, comme dans celui des seigneurs (Beaumanoir, chap. 61). A ce moment,

Saint-Louis abrogea le duel judiciaire dans ses juridictions et admit la preuve testimoniale dans tous les cas. On soutient cependant que cette réforme eut lieu seulement pour les procès en revendication de meubles et d'immeubles, et, en effet, dans les Établissements attribués à ce même saint Louis, on mentionne encore plusieurs fois les cas de bataille (Établissements, liv. I, chap. 26-82, et sous Philippe IV, en 1306, un règlement pour les duels en cas de crimes).

A l'époque où le duel judiciaire était admis, on comprend l'axiome, si connu : « témoignages passent lettres, » puisque le témoin *faussé* était obligé de défendre son témoignage au péril de sa vie, ou tout au moins en s'exposant à avoir le poing coupé.

Cette procédure barbare, suivie pour les provinces du nord de la France, est exposée d'une manière complète soit par Beaumanoir dans ses Coutumes du Beauvoisis, soit par Pierre de Fontaines dans son Conseil à un ami.

Dans le Midi, et surtout en Provence, on ne trouve ni les ordalies, ni le duel judiciaire, ce qui tient à la permanence du droit romain, même après les invasions germaniques.

On sait que les Germains vainqueurs respectaient toujours la loi personnelle des peuples conquis ; cette règle est rappelée en 560 dans un capitulaire de Clotaire : « *Inter Romanos negotia caussarum romanis legibus præcipimus terminari.* »

C'est là ce qui explique la rédaction du Bréviaire d'Alaric, destinée aux Gallo-Romains dans le pays des Wisigoths, et celle de la *Lex romana Burgundionum*, si longtemps connue sous le nom de *Papiani responsorum*

liber. (Add. les formules de Marculfe, les *formulæ Andegavenses* et bien d'autres.)

Quand vint le IXe siècle, la France se divisa en deux grandes parties au point de vue des lois : au nord les coutumes et le droit germanique, au midi le droit romain, représenté d'abord par le Code Théodosien et le Bréviaire d'Alaric, puis, vers le XIe siècle, par la compilation de Justinien.

Il est certain qu'au XIIIe siècle les cités du midi suivaient surtout le *Corpus juris ;* souvent même les rédacteurs des statuts locaux copiaient littéralement les textes du Digeste ou du Code. Ainsi, dans une sentence rendue entre les seigneurs de Simiane et les habitants d'Apt, les arbitres disaient : « .... Dominos de Simianna habere in « civitate Aptensi et territorio ejusdem *merum imperium*, « veluti habere gladii potestatem ad animadvertendum in « facinorosos homines. » C'est la reproduction du fragment 3 au Digeste, *De jurisdictione et imperio*, liv. II, tit. 1. Nous pourrions multiplier les exemples, mais cela serait inutile, tout le monde est d'accord sur ce point.

Pour la preuve par témoins et par écrit, il en était souvent de même ; c'est à peine si les statuts locaux apportent quelques modifications aux règles du droit romain, qu'il nous faut, par conséquent, résumer rapidement, avant d'arriver à la législation française.

A. DES TÉMOINS.

A Rome, les témoins sont des personnes étrangères à l'acte ou au litige, qui viennent faire des déclarations ; elles ont vu ou elles ont entendu.

Les témoins devaient être pubères : âgés de quatorze ans pour les hommes, de douze ans pour les femmes. Autrefois même on n'acceptait que les personnes du sexe masculin, car Aulu-Gelle (*Noctes Atticæ*, cap. 7, § 2) raconte qu'on avait donné, par une faveur exceptionnelle, à la vestale Tarratia, le droit de témoignage ; mais, au temps d'Auguste, cette restriction n'existe plus (fr. 18, *De testibus*, D., lib. XXII, tit. 5).

Les étrangers pouvaient témoigner en justice. (V. Cicéron *pro Fonteio*, à propos des témoins gaulois auxquels il reprochait d'avoir voulu prendre le Capitole.)

Le serment préalable était exigé des témoins au civil comme au criminel.

Des auteurs ont soutenu que, dans l'ancien droit romain, les témoins ne prêtaient pas de serment en matière civile. Déjà, Godefroy critiquait cette opinion en se fondant sur un passage de Sénèque *De ira* (liv. 2. chap. 20) : « De parvula summa judicaturo tibi res sine teste « non probaretur. Testis *sine jurejurando* non valeret. » Ce texte était déjà très-précis ; mais le doute doit disparaître en présence de la déclaration formelle de Cicéron dans son discours *pro Roscio comœdo*. L'orateur fait lire le témoignage de deux témoins, et il continue sa discussion : « Fir- « missimis enim et sanctissimis testimoniis virorum « optimorum causa Roscii communita est. Si jam tibi de- « liberatum est, quibus abroges *fidem jurisjurandi ?* Res- « ponde. Manilio et Luscio negas esse credendum ?... Tibi « vero, Piso, diu deliberandum et concoquendum est, « utrum potius Chereæ *injurato* in sua lite, an Manilio et « Luscio *juratis* in alieno judicio credas ? » (Add. Asco- « nius in Verrem, de Prætura urbana, qui dit : « *Jurati* « *testes* produci solent. »)

Le serment, qui était probablement autrefois *per Jovem*, est remplacé sous les empereurs chrétiens et au moyen âge par le serment *tactis sacrosanctis evangeliis*. (V. Nov. 90, chap. 9; et 123, chap. 7.)

A l'époque des jurisconsultes classiques, on pouvait, à la rigueur, accepter un témoignage unique, mais cela fut modifié lorsque le christianisme remplaça le paganisme comme religion de l'empire. On adopta une maxime devenue célèbre sous cette formule : « *Testis unus, testis nullus.* » Elle avait été empruntée à la loi de Moïse ; on lit en effet dans le Deutéronome : « Celui qui sera puni de mort, sera condamné sur le rapport de *deux* ou *trois* témoins, nul ne mourra sur le témoignage d'un seul » (chap. 19, § 2, v. 15). On trouve encore : « Un seul témoin ne s'élèvera point contre quelqu'un. »

Cette règle est passée dans la loi 9 au Code *De testibus :* « Et nunc manifeste sancimus ut *unius* omnimodo testis « responsio non audiatur, etiamsi præclaræ curiæ honore « præfulgeat » (Constantin, ann. 334, C. liv. IV, t. 20). Il n'y avait d'exception que pour les évêques, d'après une constitution placée en appendice au Code Théodosien, dans l'édition d'Haënel, col. 447 : « Testimonium etiam, « ab *uno* licet episcopo perhibitum, omnes judices indu- « bitanter accipiant... »

Les statuts du moyen âge reproduisent ces principes. Dans les *Usatici* de Barcelonne, qui sont du XIe siècle, on lit, § 163 : « Nullus homo vel femina testificare potest us- « que ad *quatuordecim* annos completos. » On n'admet plus les femmes à douze ans. La règle : testis unus, testis nullus, est en pleine vigueur; les *Usatici*, § 87, la rappellent : « Duo vel tres ad omnia probanda negocia sufficiunt. « Unius testimonium legibus et canonibus improbatur. »

Le nombre des témoins varie suivant les actes et les lieux; à Marseille on n'admettait pas d'exception dans les affaires criminelles. Au civil, si l'importance de l'affaire ne dépasse pas cent sous, on admet un seul témoignage, pourvu que le témoin soit connu et honnête, et à condition que la partie affirme qu'il lui est impossible de s'en procurer un plus grand nombre. (Statuts de Marseille, liv. II, chap. 12.) Au-dessus de cent sous, il fallait *deux* témoins jusqu'à 25 livres, *trois* jusqu'à cent livres, *cinq* pour les sommes supérieures. (Statuts, liv. II, chap. 16.) Dans un statut de Charles II, applicable aux comtés de Provence et de Forcalquier, et dirigé contre les usuriers on lit : « Si publica contra eum fama præcedenter, *qua-* « *tuor* saltem testibus fide dignis et omni exceptione majo- « ribus, usurarius sit inventus.... »

Dans les procès pendants entre étrangers, la preuve testimoniale pouvait avoir lieu *per extraneos*, à moins qu'il ne s'agît d'attaquer un acte rédigé par un notaire de Marseille.

La partie qui veut faire entendre des témoins, dans un procès pendant à Marseille, doit indiquer par écrit, au juge, leurs noms et les faits sur lesquels ils déposeront. (Statuts, liv, II, chap. 8.) L'adversaire doit être prévenu du jour de l'audition, afin que, s'il ne veut pas venir lui-même, il puisse envoyer un représentant pour discuter les témoignages et poser des questions aux témoins.

A Arles, au contraire, personne n'assistait aux enquêtes : « Statuimus quod testes non audiantur a parte sed « sigillatim et secreto a judice, presente *tabellione* qui eorum « dicta scribat. » (Leges municipales Arelatis, cap. 31.)

A Marseille comme à Arles on employait les commissions rogatoires pour entendre les témoins absents. « Et

« si forte testes præsentes non fuerint et absentes in locis « aliis curiæ, curia dirigat litteras domino seu rectori loci « illius in quo testes erunt, *rogans* quod diligenter et fide- « liter recipiat et inquirat depositiones testium, et in scrip- « tis dirigat, et clausas et certo sigillo sigillatas judici cu- « riæ tantum transmittat » (Arelat., ibid.). A Arles, la partie pouvait demander, en payant les frais : « ... Quod judex « eat ad aliquem locum extra civitatem Arelatis et ejus dis- « trictum. » Le Marseillais pouvait demander l'envoi d'un notaire greffier pour recevoir les dépositions ou du moins pour y assister et dresser un procès-verbal. (Statuts, liv. II, chap. 8.)

Il y avait des restrictions dans la possibilité de faire entendre les témoins. On ne pouvait présenter au civil, ni les ascendants, ni les descendants, ni les conjoints. (Usages de Barcelone, § 167, Statuts de Marseille, liv. II, ch. 11.) A Marseille on avait le droit de contraindre les frères, sœurs et autres collatéraux, à déposer dans les procès qui n'entraînaient pas l'infamie. Au criminel, ils venaient déposer *pour* leurs parents.

Certaines personnes ne pouvaient pas témoigner, ainsi les homicides, les voleurs, les sacriléges, etc. (Usages de Barcelone, § 164.) Les excommuniés, les hérétiques, les païens, les sarrasins, les juifs étaient frappés de la même incapacité, s'il s'agissait de déposer contre les chrétiens ; mais ils pouvaient servir de témoins les uns contre les autres. (Statuts de Marseille, liv. II., chap. 9.) Dans les Usages de Barcelone, § 171, et dans les lois municipales d'Arles, chapitre 193, on admet les juifs à déposer contre les chrétiens ; mais on les soumet alors à un serment d'une solennité extraordinaire et dans lequel on réunit toutes les imprécations accumulées par les formules d'ex-

communications. A Arles, on le menace de la fièvre quotidienne, tierce et quarte, de la lèpre, de la mort de ses enfants, etc... A Barcelone, la série des maux est encore plus formidable : « Maledictus eris in civitate et in « agro... mittat Dominus super te famem et esuriam... ad- « jungat tibi Dominus pestilentiam... percutiat te Dominus « ulcere Ægypti... uxorem accipias et alius dormiat cum « ea... filios generabis et filias et non frueris eis... etc. » On voit que déjà à cette époque on appliquait la doctrine du serment *more judaïco*. On repoussait également le témoignage de celui qui se livrait à l'usure, à moins qu'il n'eût quitté cette détestable profession et indemnisé ceux auxquels il avait fait tort. (Statuts de Marseille, liv. II, ch. 10.)

On sait que, dans les textes du Digeste, il y avait controverse sur la question de savoir si on pouvait faire des enquêtes *in futurum*, c'est-à-dire entendre des témoins en vue d'un procès qui n'aurait lieu que plus tard (f. 3, *De Carboniano edicto*, L. XXXVII, tit. 10. — f. 40, *Ad leg. Aquiliam*, L. IX, tit. 2). Ce genre de procédure est admis, sans difficulté, dans les Statuts de Marseille, quand on veut plaider contre une personne absente et qu'on a juste sujet de craindre la mort ou la disparition des témoins (Statuts, liv. II, chap. 14). Dans ce cas, le juge dresse un procès-verbal des dépositions, mais il faut dénoncer l'enquête, soit au domicile de l'absent, soit à la personne de sa femme, de ses parents ou de ses amis, pour qu'ils puissent remettre, au même juge, les questions qu'ils veulent faire poser au demandeur (Statuts, *ibid.*).

Les témoins prêtaient serment, comme nous l'avons dit : « *Ad sancta Dei evangelia ab eis corporaliter tacta.* »

La partie majeure de 16 ans, qui présente à la justice de faux actes ou de faux témoins, perd son procès de

plein droit. Elle doit en outre payer à la *curia* une somme égale à celle qui fait l'objet du litige (Statuts de Marseille, liv. II, chap. 24), Cette décision est inscrite sur le cartulaire de la curie; elle emporte une note d'infamie pour la personne. Si le plaideur est mineur de 16 ans, mais qu'il soit « *pubes tamen, vel pubertati proximus* », il perd également son procès, mais il n'y a pas d'amende prononcée contre lui. Les faux témoins sont punis d'une amende arbitraire appliquée par le grand conseil de Marseille. Il en est de même pour celui qui a cherché à embaucher les faux témoins et à leur faire la leçon. On lit dans les Usages de Barcelone : « Si quis per amorem « pecuniæ aut per amorem amici vel propinqui sui jura- « verit, quartam partem de omnibus rebus suis ei cui « falsitatem juraverit componat, et testimonium amittat » (§ 161). « Si quis falsum testimonium contra proximum « suum aliquo casu dixerit vel fecerit, tantum de suo « avere perdat quantum suus proximus amisisset, si veri- « tatem contra eum testificando dixisset » (§ 162). Dans le premier cas, il s'agit du faux témoignage au criminel, et dans le second du faux témoignage dans un procès civil.

B. — DE LA PREUVE ÉCRITE.

Les preuves écrites se divisent en deux catégories : les unes viennent des particuliers, les autres de certains officiers publics. Elles constituent des aveux et des témoignages écrits.

1° *Les preuves émanant de particuliers* étaient chez les Romains des *chyrographa* et des *syngrapha*. En Provence, on les appelle, au XIIIe siècle, des *instrumenta*, actes, et quelquefois des *mandamenta*, mandements, res-

criptions chargeant un tiers de payer. On voit que nous ne sommes pas loin des lettres de change, d'autant plus que, dans un statut provençal de l'an 1280, on parle *de instrumento cambii.*

Nous savons que ces actes étaient souvent suivis d'une simple croix. Cette coutume, déjà signalée dans les Novelles de Justinien, a survécu à toutes les révolutions législatives, et aujourd'hui encore, dans nos campagnes du midi, bien des paysans croient donner à leurs actes un caractère inattaquable en faisant attester par deux témoins leur croix, de par Dieu, mise au bas d'une convention écrite de la main d'un tiers.

Dans les contrats synallagmatiques, la théorie des doubles est conservée sous la forme de la charte partie, *charta partida*, c'est-à-dire de l'écrit coupé en deux et dont chacun des contractants conserve la moitié (V. Ducange, v° Chyrographum, et les exemples qu'il cite précisément du XIIIe siècle).

On parle peu des actes sous seing privé dans les statuts de Provence, d'abord parce qu'on applique les règles du droit romain, et aussi parce que l'écriture était peu répandue. Notons cependant que, dans les Statuts de Marseille (liv. I, chap. 37), les changeurs sont tenus de porter sur un registre spécial toutes leurs opérations actives et passives. S'ils ne savent pas écrire, ils doivent présenter un commis, auquel on fait jurer de tenir les livres fidèlement et de bonne foi. C'est encore un souvenir de la législation romaine, qui imposait aux *argentarii* l'obligation de tenir des registres et de les produire en justice. (V. Dig. *De edendo*, liv. II, tit. 13.) Dans les priviléges d'Apt (ann. 1352), on lit, § 28 : « *Item*, avem carta « que los cartolaris delz merchantz de la dicha ciutad sien

« crezutz e y sie donada fe entro la quantitat de sinquanta « soutz ».

Dans les lois municipales d'Arles (§ 177), on mentionne le droit de faire faire des actes récognitifs : « Statuimus « quod si dominus non habeat *instrumentum* rei quæ sub « eo tenetur, fiat ei recognitio instrumento et in instru- « mento; et vice versa dominus tenea turfacere recognitio- « nem instrumento et etiam instrumentum ei qui pro eo « aliquam rem teneret. »

Il est à remarquer que la force probante des écrits privés était limitée à un délai assez court. Au XIVe siècle (ann. 1337), les archevêques d'Aix, d'Arles et d'Embrun promulguèrent une série de dispositions arrêtées entre eux et connues sous le nom de *Statuta prælatorum*. Là ils disaient : « Statuimus... quod... nullum instrumentum « publicum super mutuo vel deposito seu venditione et « emptione rerum mobilium confectum post *decem* annos « a tempore contractus et confectionis instrumenti, si dies « solutionis vel solutionum non sit appositus, vel a tempore « ultimæ solutionis computandos, *nullam fidem* faciat nec « ad probationem debiti aliquid suffragetur..... *Manda-* « *mentum* autem vulgariter appellatum post *tres* annos com- « putandos... nullam fidem faciat, nec aliam habeat robo- « ris firmitatem. »

Dans les Statuts de Salon (ann. 1294) le principe est le même, mais le délai diffère. « Statuimus quod quicumque de castro Salonis habeat chartam vel instrumentum sive notam alicujus debiti, quod illud debitum reformet et instrumentum novet vel debitum deferat in curia nostra infra *quinquennium*, præsente altera parte ;... excipimus debita dotalia et legata in testamento relicta. »

A Aix, les juifs et les prêteurs à intérêt ne pouvaient faire

valoir un acte, même public, que pendant *trois* ans : « Nisi « querimonia fuisset in medio tempore, deposita in curia.... » (1).

2° Les *actes publics*, destinés à servir de preuves entre les particuliers sont faits, à l'époque dont nous nous occupons, par des *notaires tabellions*, nom qu'on leur donne par opposition aux *notaires greffiers*, qui recueillent les actes judiciaires, et aux *notaires* chargés d'enregistrer la rentrée des derniers publics.

Chez les anciens Romains, on appelait *tabellarii* des esclaves chargés d'écrire sous la dictée de leurs maîtres et de porter les missives. Cicéron les mentionne souvent dans ses épîtres. Ainsi il dit (Ep. 9, § 4, liv. VI) : « Ego *ta-* « *bellarios* postero die eram ad vos missurus...» On les retrouve au Digeste : « Si epistolam tibi misero, non erit « tua antequam tibi reddita fuerit. Paulus imo contra, nam « si miseris ad me *tabellarium* tuum et ego rescribendi « causa litteras tibi misero, simul atque *tabulario* tuo tra- « didero, tuæ fient. » (fr. 65, *De adquirendo rerum dom.*, liv. XLI, tit. 1).

Le *notarius* était à cette même époque un écrivain tachygraphe, qui prenait les discours prononcés, comme les sténographes modernes. Les notes étaient ensuite transcrites par les *librarii*.

Quant aux *tabelliones*, c'étaient des personnes instruites dans la pratique des lois, qui rédigeaient pour autrui les

(1) A Arles (loi municipale, ch. 39) : « Statuimus quod instru- « mento mutui vel debiti cujuscumque pro quo creditor pignus « non tenet, fides non habeatur post *tres* annos a die solutionis « faciendæ numerandos, nisi nova recognitio in scriptis vel coram « testibus post diem solutionis faciendæ facta esse probaretur « vel querimoniam coram judicibus, vel nisi debitor toto trien- « nio continuo et completo abfuisset. »

actes importants, comme les testaments, les ventes, les baux, etc...

Sous les empereurs, il y eut des modifications apportées au sens de ces mots.

Le *tabellarius* est devenu un fonctionnaire public, qui tient les comptes des magistrats et qui rédige, en province, les actes de l'état civil.

On lit dans la vie de Marc-Aurèle par Julius Capitolinus, chap. 10 : « Per provincias, *tabulariorum* publico-« rum usum instituit, apud quos idem de originibus fie-« ret, quod Romæ apud præfectos ærarii ; ut si quando de « statu quæstio esset, inde *probationes* peterentur, quis a « quo editus esset. »

Les *tabellions* sont toujours des agents d'affaires, mais ils ont un certain caractère public, car le préteur peut les exclure du *forum* s'ils ont une conduite reprochable : « Nonnunquam.... solet autem ita vel juris studiosis foro « interdici, vel advocatis, vel *tabellionibus*, sive pragmati-« cis. » (fr. 9, § 5, *De pœnis*, D., liv. XLVIII., tit. 19).

Les *notaires* sont devenus les secrétaires du conseil impérial et en même temps des référendaires pour certaines affaires. Lampride raconte le fait que voici dans la vie d'Alexandre Sévère, chap. 28 : « Eum *notarium*, qui falsum « causæ brevem in consilio imperatoris retulisset, incisis « digitorum nervis, ita ut nunquam possit scribere, depor-« tavit. »

A l'époque de Justinien, les *tabularii*, appelés aussi *tabellarii*, continuent leurs fonctions publiques, mais ils participent en outre à certains actes concernant les particuliers, comme les adrogations, les testaments des aveugles les inventaires après décés, les actes d'hypothèque, etc... (Conf. l. 5. *De tabulariis*, Cod. liv. VIII, tit. 18).

Les *notarii* sont encore considérés dans le Code Théodosien comme les écrivains et les référendaires de l'empereur. Ils forment à ce moment une corporation importante, avec un chef, *Primicerius*, qui a rang de consulaire ; au-dessous de lui il y a un second chef avec rang de tribun ; on les appelle *militia nobilis*. (V. Ducange, v° Notarius.) Les *notarii* reçoivent des missions des empereurs,soit auprès du Sénat, soit dans les provinces.

Ces détails font comprendre comment, plus tard, certaines personnes ambitionneront le titre de *notaire*.

Quant aux *tabellions*, on les trouve souvent mentionnés dans les lois et dans les Novelles de Justinien.

On voit qu'ils sont organisés en corporation, qu'ils reçoivent les actes des particuliers, mais il ne paraît pas que leurs écrits aient jamais fait foi jusqu'à inscription de faux. (V. Novel. 44, chap. 1; Nov. 73.)

Notons que déjà à cette époque, les actes contenant des engagements étaient ordinairement terminés par des formules d'*obsécrations*, dévouant aux tourments de l'enfer celui qui manquerait à sa promesse. (V. Nov. 8, chap. 3, *in fine* et dans le Recueil de Rozière les formules 82, 83, 85, 87, 90, etc...)

Au moyen âge, et dans les pays où le droit romain dominait, on retrouve les tabellions et les notaires mentionnés à chaque instant (V. dans Rozière, formules 120 et 384). Mais il y avait une différence entre eux. Les tabellions étaient institués par les seigneurs locaux; les notaires recevaient leur titre des rois de France ou des empereurs d'Allemagne, qui concédaient ainsi une sorte de dignité, comme du temps des empereurs romains. De là ces qualifications que l'on trouve souvent : X. notaire im-

périal ou royal. On lit (en 1293) à la fin des statuts de Salon : « Cum multis aliis et me Hugone de Auronis, cle-« rico civitatis Arelatensis, *publico authoritate imperiali* « *notario.* »

Mais, il faut bien le reconnaître, il y eut usurpation du titre de notaire par les simples tabellions, et au moyen âge on se sert à peu près indistinctement de l'une ou de l'autre expression pour distinguer les officiers publics qui reçoivent les actes des particuliers.

Dans presque tous les monuments qui nous restent, on trouve indiqué le nom du notaire qui a tenu la plume. Ainsi, dans l'acte de consécration de l'église de Saint-Victor, à Marseille (en 1040), on lit : « Deodatus episcopus « Tolonensis firmavit, Desiderius notarius scripsit. » En 1184, dans un titre confirmant des priviléges donnés à Marseille : « Ego Bredimondus Jobinius, publicus Massi-« liensis notarius ». En 1208, dans un accord passé entre le vicomte de Marseille et le consul de Gaëte : « Et ego Jo-« hannes publicus notarius Gaietæ... ». A la fin d'une déclaration de Jehan Cabassol, professeur de droit civil, juge et sénéchal des comtés de Provence et de Forcalquier, on mentionne cinq notaires : « per me Guinotum Guinoti « notarium comitatus Vintimilii.... Actum in dicta domo « in præsentia Gandulfi Johannis, Raymundi Boneti, Petri « Giraudy, Antonii Girandy, notariorum...»

Comme nous l'avons dit, les textes mentionnent les notaires en trois qualités : 1° les notaires greffiers des tribunaux; 2° les notaires écrivains tenant les registres des comptables, comme les clavaires; 3° les notaires dressant les actes pour les particuliers, et faisant, comme on disait, fonctions de tabellionat.

Le titre de notaire était conféré par l'autorité : « Offi-

« cium notariæ publica auctoritate conceditur. » A Apt, ce sont les consuls qui les nomment : « Voluerunt et man-« daverunt quod dicti consules habeant jus creandi judicem « et *notarium* in civitate Aptensi. »

Dans les Statuts de Marseille (liv. I, chap. 27), on ordonne de dresser une liste de tous les notaires sur le cartulaire de la commune, en indiquant l'an, le mois, le jour de leur nomination, afin qu'on ne puisse pas mettre en doute leur qualité et la valeur de leurs actes. Il faut inscrire également les suspensions ou interdictions de fonctions, avec la date de l'année, du mois et du jour.

Pour être agréé comme notaire à Marseille, on doit justifier qu'on appartient à la commune et qu'on y habite depuis deux ans; de plus, qu'on est de bonnes mœurs, bien famé dans son quartier, qu'on est libre de toute servitude, enfin qu'on a une connaissance suffisante de la grammaire et de la calligraphie.

On ne peut entrer en fonctions qu'après un stage de trois mois pour apprendre à rédiger les actes; l'existence de ces conditions est vérifiée par le recteur et les juges des tribunaux de Marseille. Le candidat doit passer un examen devant des hommes sachant le droit, tels que juges, avocats, notaires, greffiers, syndics, clavaires et semainiers délégués par le recteur.

Dans un statut d'Aix, de la fin du XIIIe siècle, on lit : « Providimus observandum, quod quilibet notarius.... « creandus in comitatibus ipsis, habeat instrumentum pu-« blicum vel testimoniales litteras *duorum* publicorum no-« tariorum aut *unius* in deffectu duorum, aut *sex* proborum « virorum oriundorum de loco unde notarius est creandus, « de fide et legalitate ipsius et quod *de legitimo* matrimonio

« existat certius attestantes. De sufficientia vero in camera « nostra per eum ad quem dignoscitur approbetur... *cleri-* « *cum* vero nullum ad idem officium assumi jubemus... » A Marseille également, les clercs, à partir du rang de sous-diacre, ne pouvaient pas être reçus notaires : « Ut « non per occasionem illius officii sacra ministeria impe- « diantur, quibus ipsi vocari debent. »

Nous trouvons encore divers détails dans les Statuts de Marseille ; le candidat au notariat prêtait serment d'habiter la ville et de ne la quitter que pour entrer en religion ; il jurait également fidélité à la commune, promettant de loyalement exercer son office....

Les notaires ne pouvaient pas représenter les parties en justice, à l'exception de leurs parents et alliés jusqu'au 4e degré. Cette prohibition est sanctionnée par des peines arbitraires que prononcent les recteurs. Du reste ils pouvaient plaider pour autrui, quand ils étaient constitués « *procuratores in rem suam* ». En principe, il leur était interdit de se faire remplacer sans la permission du magistrat : « Quia cujus persona industria eligitur per se « servire tenetur, ne notarius seu tabellionarius, qui « propter merita personæ debet ad officium ipsum assumi, « *substitutum* ponere possit..» (Statut de Robert de 1306). De même à Apt : « Per *substitutum* notarii officium gerere « prohibemus. »

Les notaires de Marseille ne sont destitués qu'après examen du grand conseil, mais alors ils ne peuvent jamais rentrer en fonctions.

Nous allons reprendre maintenant chacune des trois classes de notaires et voir leurs attributions.

1° *Les notaires greffiers.*

Il résulte du livre 1er, chap. 68, des Statuts de Marseille,

qu'il y avait dans cette ville dix notaires greffiers nommés *de anno in annum* :

Deux auprès des juges de la *curia* pour tenir la plume, au salaire de 12 livres couronnées;

Deux pour les enquêtes, au salaire de 15 livres;

Deux auprès du juge des appels pour tenir la plume et procéder aux enquêtes, avec le même salaire; *quatre* auprès du recteur et du juge du palais, au salaire de trente livres.

Les appointements étaient payés par fractions : « In « hunc modum videlicet intra tres equales soluciones de « tribus in tribus mensibus. »

A Aix, dans les statuts de Robert : « Ordinamus quod « singulis vicariis seu bajulis magnis statuantur *quatuor* « notarii, quorum duo tribus mensibus vaccent in inqui- « sitionibus faciendis, duobus aliis circa civilia vacatu- « ris. »

A Arles, dans les lois municipales : « Statuimus quod « commune habeat *quinque* notarios, cives Arelatis, qui « sint in curia per totum annum continuum, *duo* cum « consulibus, *duo* cum judicibus et *quintus* cum cla- « vario, et scribant acta omnia et dentur eorum pro sa- « lario trecenti solidi. »

Les notaires greffiers touchaient certaines sommes payées par les plaideurs : « Notario satisfaciat pro actis illa pars quæ acta ab illo recipiat. » (Statut de Pierre de Ferrare, évêque d'Arles, an. 1304.) Ainsi à Marseille on payait *trois* sous pour la rédaction du jugement constatant un aveu, *post litem contestatam* ; *deux* sous pour un jugement confirmatif de tutelle (Statuts, liv. 1, chap. 29). On paie douze deniers pour quatre feuilles de parchemin. Chaque page doit contenir vingt lignes ; les marges de

l'un et de l'autre côté ne doivent pas être trop larges ; l'écriture ne doit pas être trop écartée (*et non de littera nimis sparsa*), sous peine d'amende arbitraire prononcée par le juge.

On va jusqu'à ordonner aux notaires d'avoir de l'encre suffisamment noire et à leur défendre de dresser les actes sur des parchemins trop gras qui ne retiennent pas l'écriture.

Les autres règlements de Provence contiennent des dispositions analogues ; dans un statut de Robert (1306) on lit : « In primis ne notarii seu tabelliones publica instru-« menta et acta publica scribentes immoderate graventsub-« jectos... statuimus ut ipsi notarii pro scripturis quas fa-« cient sub hac forma recipiant pro singulis cartis ab una « parte integraliter scriptis in quarum qualibet parte sint « XXVI lineæ et in singulis lineis sint XIII dictiones, reci-« piant denarios VI dumtaxat... » Mais on établissait la compensation entre les pages : « Vel si fortassis in « duabus lineis tot dictiones aut in duabus paginis « tot lineas ponere debuerunt, recipientes sicut pro « una dumtaxat pagina, mentem hujus non offen-« dunt. Adverbia vero, conjunctiones, propositiones, « interjectiones vel monosyllabas et nomina vel cogno-« mina, cum sit spatium scripturæ, dicimus dictionis vo-« cabulo comprehendi ».

Dans un statut de 1280 *super statu tabellionum*, on énumère le tarif de tous les actes à faire : « In primis de « libello ponendo in cartulario II denarios tantum et de ex-« trahendo III denarios;... de quolibet teste ponendo in « cartulario I denarium et de extrahendo I denarium...; de « quolibet mandato seu injunctione seu libello preceptorio « ponendo in cartulario I denarium.... et de *interlocu-*

« *torio* I denarium.... et de protestatione et exceptione et « de extrahendo in pargameno III denarios,... item de « litteris citatoriis, vel debito exhibendo, seu de aliis lit- « teris cum sigillo III denarios;... item de instrumento « emancipationis et adoptionis, arrogationis.... item de « instrumento missionis in possessionem... ».

Il résulte de ces textes que le notaire greffier avait pour mission d'écrire tous les libelles, actes d'ajournement, les déclarations des témoins, les actes judiciaires, les sentences, les appels, etc. On remarque dans les Statuts de Marseille que seuls ils pouvaient le faire (liv. II, chap. 7).

On délivre une expédition, *exemplum*, au demandeur et au défendeur s'ils le requièrent; ils la paient conformément aux tarifs fixés. Il est défendu aux greffiers de multiplier les expéditions; s'il y a difficulté sur ce point, le juge la tranchera en taxant lui-même ce qu'il faut payer (1).

Dans les priviléges de la cité d'Apt on défend aux notaires greffiers de contraindre les accusés absous à prendre une expédition du jugement : « Et notariis expressius « inhibemus ut reos, qui de objectis sunt criminibus per « sentenciam *absoluti*, non presumant compellere de ab- « solutoria sentencia recipere instrumentum...: *ad requi-* « *sitionem* vero ejus qui est per sentenciam absolutus, « conficiant de lata sentencia ipsi notarii publicum in- « strumentum ».

(1) M. Teissier, dans sa Notice sur les archives de Toulon, dit à l'occasion d'un titre transcrit page 191 : « Je pourrais citer telle « enquête dont le procès-verbal ne rentrerait pas dans dix feuilles « d'impression, c'est-à-dire dans 160 pages in-8. » A l'occasion d'une enquête de 1402 le même auteur s'exprime ainsi : « La charte « dont on va lire l'analyse très-succinte, n'a pas moins de 4 mètres « de longueur sur 45 centimètres de largeur » (*ibid.*, p. 144).

Tous les mois le notaire greffier doit faire compte avec le juge des sommes qu'il a reçues : « Et notarius quolibet « mense veniat ad computum cum suo judice, et faciat « summam de receptis intra mensem, et summa ipsius « mensis de receptis cujus libet ponatur per manum ejus- « dem notarii in quodam cartulario, quod custodiat ad hoc « specialiter deputatus, et judex eamdem summam ponat « de manu sua in cartulario notarii. »

A Marseille les jugements étaient inscrits, *seriatim*, les uns après les autres, sur le cartulaire, sans pouvoir les modifier ensuite. Le notaire greffier les écrit comme il les entend prononcer (*sicut audient a judice vel arbitro pro posse scribant*, Statuts, liv. 1, chap. 28). Dans les enquêtes, si l'un des témoins prétend que l'on a mal interprété sa déposition, il peut la recommencer afin d'éviter toute difficulté.

Lorsque l'une des parties jure qu'elle tient pour suspect le notaire chargé de recevoir une enquête et qu'elle demande qu'un autre soit nommé, le juge doit le faire, ou du moins adjoindre un second notaire, aux frais du requérant. Chacun des deux notaires écrit séparément les dépositions sur son cartulaire ; le greffier adjoint jure d'écrire fidèlement ce qu'il entend et de le garder secret jusqu'à ce que la justice lui ordonne de le communiquer.

Les notaires ne doivent délivrer expédition des enquêtes qu'après les avoir collationnées avec l'original, sous peine de perdre leurs salaires. Il leur est défendu de rien recevoir des plaideurs pendant le procès, d'accepter des invitations à des repas : « Et hoc maxime prohibemus « illis notariis qui recipiunt seu scribunt accusationes in « palacio vel alibi in Massilia ».

2° *Des notaires assistant les clavaires comptables.*

Il y avait à Arles, à Marseille, etc... un notaire chargé d'enregistrer les sommes qui rentraient pour le compte de la commune : « Et hæc omnia scribant per publicum « notarium Massiliæ, in officio clavariæ electum et « constitutum, in cartulario et cartulariis clavariæ. » (Statuts, livre I, chapitre 1.) A Aix on disait : « Vigi- « lent sollicite solventes vel reddentes ipsi clavario ut « omnia quæ solvent aut reddent, ex quibuscumque sint « causis, propter condemnationes latas, pœnas et similia, « per manus alterius *notarii* consistorii, ubi facienda est « solutio, scribi... quæ scriptio et suscriptio per curiarum « nostrarum notarios fiant.... Sed si per viguerium aut *ta-* « *bularium* steterit quominus prædicti solventes, juxta « prædestinatam formam, solutionem vel redditionem fe- « cerint, idem viguerius et tabularius ad omne damnum « et interesse ipsis solventibus teneantur. »

3° *Des notaires Tabellions.*

Les fonctions des notaires tabellions consistent à recevoir les actes des particuliers ; les textes les mentionnent souvent : « Item de instrumento baratæ, mutui, depositi, « confessionis alicujus summæ.... item de instrumento « societatis, cambii, donationis simplicis, sive propter « infirmos, sive causa mortis, sive in emphiteosim.... item « de instrumento venditionis.... » Ils sont tenus d'avoir un cartulaire sur lequel ils inscrivent leurs actes « *propria manu.* » Le cartulaire doit être conservé dans un lieu sûr ; défense est faite de le communiquer aux tiers non intéressés, mais la justice peut en ordonner la représentation (Statuts de Marseille, liv. 1, chap. 27).

Dans tous les actes les notaires devaient mentionner avec soin le millésime, c'est-à-dire le nombre d'années

depuis l'incarnation du Sauveur, l'indiction, les calendes, les nones et les ides, l'heure approximative, les noms et prénoms des parties, leurs professions, les sommes promises ou comptées, *en toutes lettres* et sans abrévations ni ratures. Il faut également indiquer l'époque où les contrats doivent être exécutés ; l'acte finit par la signature du tabellion (Statuts de Marseille, liv. I, ch. 28).

Dans les Statuts Provençaux, on impose aux notaires l'obligation de faire l'acte en présence des parties et de leur en donner lecture : « Volentes etiam quod teneatur quilibet notarius integram instrumenti notam facere et scribere, presentibus partibus, nisi de consensu partium rigor hujus statuti remitteretur » (Arles, chap. 65.). « Item notarius teneatur facere et legere notam totam in presentia partium et sine remissione et ponere in cartulario infra tres dies » (Aix, 1280).

Lorsqu'il s'agit de faire un testament ou tout autre acte de dernière volonté, le notaire appelé doit écrire ce qu'on lui dicte, ou ce que le testateur répond *aux questions* qui lui sont adressées. Le secret le plus absolu est imposé jusqu'à la mort de la personne qui a testé, mais alors le notaire doit avertir l'héritier, les légataires, les fidéicommissaires et les exécuteurs testamentaires, pour qu'ils fassent valoir leurs droits (Statuts de Marseille, liv. I, chap. 28). Le notaire, auquel on présente un projet écrit de testament, doit le lire au testateur et lui demander si c'est bien là sa volonté ; alors il dresse l'acte en mentionnant sa réponse. Il est défendu de recevoir le testament des personnes qui ne paraissent pas *sanæ mentis*.

Une fois l'acte fait et revêtu de la signature du notaire, on ne peut plus y rien changer sans la volonté de toutes les parties, à moins qu'il ne s'agisse de corriger une er-

reur de plume sur la date, le nom des témoins, ou l'époque de l'exécution. On a également le droit de recopier les actes mangés aux vers, rongés par les rats, ou attaqués par l'humidité. Quand on demande à un notaire de refaire un acte, s'il soupçonne une fraude, il doit attendre les ordres de la justice, dont les décisions indiquent pourquoi et par qui l'acte nouveau sera rédigé.

Les actes doivent être terminés, à Arles dans le mois, à Marseille dans les deux mois de la remise des notes, sauf empêchement légitime ; dans les huit mois il fallait rendre les titres confiés comme renseignements, à peine de dix livres d'amende par acte retenu.

Les notaires de Marseille avaient le droit d'exiger leur salaire avant de faire signer les témoins.

Après le paiement ou l'exécution de l'obligation, on biffe l'acte sur le cartulaire du notaire en présence des parties et de témoins convoqués. Il en est fait mention dans une note marginale en indiquant l'an et le jour. Le créancier doit remettre le titre original qu'il a entre les mains. « Statuimus quod nullus teneat instrumentum, « chartam seu aliquod mandamentum, postquam debito « contento in eis fuerit satisfactum ; qui vero prædicta « vel aliquid prædictorum retinuerit, in vigenti solidos pu- « niatur » (Statuts de Salon). On impose même cette obligation quand il y a paiement partiel, pourvu que le débiteur donne un titre pour le surplus : « Instrumentum « originale totius debiti continens quantitatem debitori « solventi creditores restituere teneantur, sufficienti cau- « tela *de residuo* dicti debiti per debitorem noviter cre- « ditori.... »

Pour ne pas oublier les devoirs qui leur sont imposés, les notaires de Marseille auront une copie des statuts qu'ils

liront tous les deux mois (Statuts, liv. I, chap. 28 ; add. d'Arles, chap. 113).

En matière de ventes, à Marseille, l'acheteur choisit le notaire, pourvu qu'il soit capable et honnête, et que le vendeur n'ait pas de justes motifs pour le récuser. Une condition essentielle, c'est qu'il soit marseillais. La commune se montre très-jalouse de sa juridiction. Il est défendu à tous les habitants de la ville de faire faire leurs actes d'achats, d'emphytéoses, de baux, de mégerie, etc., pour des biens situés dans le territoire, par un notaire étranger (Statuts, liv. II, chap. 29). Si l'on mettait dans un acte que les parties, en cas de contestation, iraient plaider devant la justice du roi, le notaire perdait son office, chaque partie était condamnée à 25 livres d'amende, moitié pour la commune et moitié pour le dénonciateur ; en outre la clause était radicalement nulle. On voit que dans les villes communales, on appliquait aussi le dicton féodal : « Entre ton seigneur et toi, vilain, il n'y a pas « d'autre juge fors Dieu.»

Le notaire-tabellion qui veut abandonner ses fonctions doit en prévenir le recteur et jurer qu'il ne fera plus d'actes. Dans un délai déterminé, il remet ses actes et ses cartulaires, soit à un autre notaire, soit au gardien des archives publiques. On mentionne sa retraite sur le registre qui contient la liste des notaires (Statuts de Marseille, liv. 1, chap. 31).

L'obligation est la même à Salon : « Statuimus quod « quicumque creatus fuerit notarius noster,... si recedere « voluerit, curiæ nostræ vel alicui notario de licentia ip- « sius curiæ dimittere teneatur.... et si contra fecerit, in « centum solidos puniatur. » (Add. Priviléges de la cité d'Apt.)

Le recteur de Marseille fait rechercher par des syndics

tous les cartulaires des notaires morts, interdits ou destitués, pour les déposer en lieux sûrs ou dans les mains d'un autre notaire. On dresse, dans le conseil général, un acte de dépôt, contenant le nom des tabellions dont proviennent les cartulaires et la date de la remise. (Statuts, liv. 1, chap. 32.)

On doit choisir pour dépositaires « qui habuerunt « noticiam personæ illius notarii cujus fuerunt illa cartu- « laria et qui noverunt modum et formam sui dictami- « nis et modum et formam litterarum illius. »

De même que les notaires-greffiers, les notaires tabellions avaient un tarif qu'ils devaient suivre ; ainsi à Marseille (Statuts, liv. 1, chap. 29) on leur accordait six deniers pour les actes de ventes mobilières, pour les emprunts, les gages, les hypothèques....Dans les inventaires le tarif est proportionné aux sommes... Pour les actes non taxés on s'adresse aux juges, « qui teneantur.... illud bo- « na fide æstimare, et æstimando non excedere ultra « sexaginta solidos, quantacumque magna fuit carta « illa ». Ce principe est répété dans les divers statuts que nous avons cités, les sommes seules varient suivant les localités.

L'acte authentique dressé par un notaire public, entre personnes capables, fait pleine foi : « Ratum et firmum a « curia Massiliæ inviolabiliter habeatur in omnibus ca- « pitulis in ipso instrumento contentis, inter illas videli- « cet personas et successores earum inter quas erit ins- « trumentum confectum, sed et ultimæ voluntates sic « scriptæ, sine alia insinuatione, probentur per ipsum « publicum instrumentum et valeant in omnibus capitu- « lis ibi contentis quoad personalem et realem actionem, « quemadmodum superius dictum est in cæteris instru- « mentis... » (Statuts de Marseille, liv. II, chap. 16). A Ar-

les, on accorde la force probante même aux copies, excepté pour les actes de prêt : « Statuimus quod tran-
« scripta vel translata testamentorum, in Arelate et dis-
« trictu Arelatis, *exceptis instrumentis mutui*, scripta, ut
« sint facta per notarium publicum Arelatis, eamdem ob-
« tineant firmitatem ac si essent instrumenta originalia,
« ita ut per ipsa translata plenam probacionem fieri va-
« leat, sicut per ipsa instrumenta originalia. »

D'après les Statuts de Marseille, on ne peut opposer à l'acte authentique ni l'exception *non numeratæ pecuniæ*, ni celle du S. C. Macédonien. On n'admettait le refus d'exécuter que si on prétendait que l'acte était faux, ou qu'il y avait eu paiement, ou qu'on avait fait le pacte *de non petendo*, soit pour toute la dette, soit pour partie.

Le juge devait vérifier ces allégations dans les trois mois en première instance, dans les soixante jours en appel. Si le débiteur apparent avait laissé écouler ces délais, il était contraint de payer, moyennant caution de la part du prétendu créancier. Mais si dans les trois ans on prouvait que le paiement avait été exigé indûment, la restitution avait lieu avec les intérêts et un tiers en sus.

Dans les sociétés et les commandes, on pouvait opposer la perte du navire et des marchandises, car elle équivalait au paiement.

Les statuts de Marseille se préoccupent enfin du sénatus-consulte Velléien, qui déclarait nuls les engagements pris par la femme dans l'intérêt des tiers ou de son mari; on ne pouvait, en principe, l'opposer à un acte public, à moins de prouver que la dette avait été contractée dans l'intérêt du mari : « Omnia vero quæ superius continen-
« tur, sicut in maribus, sic in feminis volumus observari,
« adeo quod nec tueri se possint contra instrumentum be-
« neficio *Velleiani ;* hoc tamen salvo quod si qua mulier

« pro *viro* suo se vel bona sua obligaverit pro re vel pe-
« cuniario debito qualicumque, etiam in publico instru-
« mento, nihil præjudiciet mulieri, nisi... probaverit
« creditor rem ipsam, sive pecuniam, sive debitum fore
« versum in utilitatem ipsius muliéris... » Il y a donc ici une modification apportée au droit romain, en ce que la femme peut s'engager pour les tiers et non pour son mari. (Vid fr. pr. *Ad S. C. Velleianum*, D., liv. XVI, tit. 1.)

Les actes faits par un notaire qui ne remplissait par les conditions voulues par les statuts de Charles II n'étaient point valables : « Contra autem prædictam formam crea-
« tum notarium, quantum ad ipsum officium exercen-
« dum, ab omnibus nostris fidelibus refutare præcipimus,
« ut nec in judiciis vel contractibus ejus scripta ad inves-
« tigandam veritatem fides sic publica possit adduci, sed
« a judicibus eorum auctoritate repelli.... »

On voit, par ce qui précède, qu'une grande partie des règles suivies de nos jours par les notaires étaient déjà observées par les tabellions du moyen âge. Ce qui est surtout remarquable, c'est que nos lois modernes se soient contentées, comme au XIIIe siècle, d'un simple examen professionnel subi par ceux qui veulent être notaires. On n'exige d'eux qu'un stage assez peu probant, et un certificat de capacité délivré par une commission composée d'autres notaires ; et pourtant il n'y a pas d'officiers publics qui aient un plus grand besoin d'être forts en droit. Espérons que l'on finira par s'écarter des vieilles traditions, tout en conservant les souvenirs de prudence et d'honorabilité des anciens tabellions de la Provence.

R. DE FRESQUET.
Professeur à la Faculté de Droit d'Aix.

ANCIENNE COUTUME DE THÉGRA

(EN QUERCY).

La petite ville de Thégra, en Quercy, forme aujourd'hui une commune du canton de Gramat, arrondissement de Gourdon, département du Lot. Elle ne paraît pas avoir joué dans le passé un rôle bien considérable. On sait seulement qu'en 1371 elle tomba au pouvoir des compagnies anglaises, qui en tiraient des fourrages pour leur cavalerie (1). Son principal titre à la renommée est d'avoir donné le jour au troubadour Hugues de Saint-Cyr, dont il nous reste un assez grand nombre de poésies (2).

En 1266, la seigneurie de Thégra était possédée en commun, bien qu'à titre inégal, par Raymond, Guillaume et Hugues Gasc, et par Rigault de Cavagnac (3). La charte de coutume, que nous publions, fut octroyée par ces quatre seigneurs au mois de novembre de cette même année. On voit par le préambule et par la clause finale qu'à cette époque Rigault de Cavagnac était encore mineur, et que les trois frères Gasc, en qualité de seigneurs supérieurs, lui donnèrent pour curateur son oncle, Raymond de Cornilh, archidiacre de Cahors, afin de régulariser son consentement, et de garantir les habitants contre l'exception qu'il aurait pu tirer plus tard du fait de sa minorité. Hugues de Cornilh, archiprêtre de Thégra, intervint de son côté

(1) Delpon, *Statistique du département du Lot*, II, 65.

(2) Histoire littéraire de la France, XIX, 470 et suiv.

(3) Courcelles, *Histoire généalogique et héraldique des Pairs de France*, t. V, art. *Gasc de Mialet*, n° 2.

pour assurer aux censitaires de l'église les mêmes franchises que les coseigneurs laïques accordaient à leurs tenanciers.

La coutume de Thégra ne contient pas l'octroi d'une constitution municipale complète. On n'y voit ni consuls, ni hôtel de ville, ni sceau communal, ni aucun de ces droits de leude ou de marché, dont la perception formait le budget particulier des cités. Les habitants sont représentés par quatre *prud'hommes*, qui assistent le bailli dans les enquêtes criminelles, participent à la rédaction des bans ou ordonnances de police, et peuvent dans certains cas modérer les exigences fiscales des seigneurs (1). Mais ce n'est là qu'un simple droit de surveillance; l'autorité judiciaire et administrative reste entière aux mains du bailli, et les *prud'hommes* n'ont même pas l'exercice de la voirie. Si on compare la charte de Thégra aux autres coutumes du Quercy que nous connaissons, à celles de Cahors, de Montcuq ou de Gréalou (2), on reconnaît qu'elle est faite pour une population à peine sortie du servage, qui est parvenue à s'assurer la jouissance des droits civils, mais qui n'aspire encore ni à la liberté politique, ni même à l'indépendance administrative.

L'original de cette charte appartient à M. de Gasc de Mialet, descendant des anciens seigneurs de Thégra. Je n'ai eu entre les mains qu'un *fac-simile*, que M. de Gasc

(1) Voyez les articles 4, 5, 11, 13, 22, 23, 26, 28.

(2) La coutume de Gréalou a été publiée par M. Champollion-Figeac, *Charte de commune en langue romane pour la ville de Gréalou en Quercy*, Paris, 1829, in-8 ; celle de Cahors, par M. Dufour, *La Commune de Cahors au moyen âge*, Cahors, 1846, in-8; celle de Montcuq se trouve dans les *Ordonnances des Rois de France*, XVI, 124 et suiv.; elle a été reproduite par M. Dufour dans le t. VII de la *Revue historique de droit français et étranger*.

a permis de lithographier pour l'usage des élèves de l'École des Chartes. Le texte présente quelques lacunes, causées sans doute par les déchirures du parchemin; je me suis efforcé de les remplir quand j'ai cru pouvoir le faire avec certitude, et j'ai eu soin de placer mes restitutions entre crochets; dans tous les cas où il y avait doute, je me suis abstenu, et j'ai marqué les mots absents par des points.

J'ai longtemps hésité sur le mode d'édition qu'il convenait d'adopter. La plupart des jurisconsultes qui s'intéressent à l'étude historique du droit sont peu familiers avec la langue romane et ses nombreux dialectes; la publication d'un texte nu serait pour eux d'une médiocre utilité. D'un autre côté, je considère une traduction littérale de nos anciennes coutumes comme à peu près impossible; leur langage est à la fois si prolixe et si elliptique, qu'en les suivant pas à pas on risquerait de fatiguer le lecteur par la répétition constante des mêmes formules ou de le décourager par une obscurité plus grande encore que celle de l'original. J'ai donc fini par adopter un moyen terme; j'ai fait précéder le texte roman d'une analyse, dans laquelle je me suis efforcé de rendre aussi brièvement et aussi clairement que possible ses principales dispositions. Cette analyse elle-même n'était pas sans difficulté. La charte de Thégra renferme plusieurs articles dont le sens ne se laisse pas facilement saisir; j'ai proposé l'interprétation qui m'a paru la plus conforme aux usages juridiques du XIIIe siècle, mais je confesse humblement que je ne suis pas sûr d'avoir toujours réussi, et je me déclare prêt à accueillir les rectifications. La comparaison des coutumes d'une même époque et d'un même pays serait assurément le meilleur moyen d'arriver à leur

complète intelligence ; on rencontrerait sans aucun doute une foule de dispositions analogues, exprimées dans des termes différents, et la rédaction lucide de l'une éclaircirait ce que l'autre pourrait offrir d'obscur. Mais nous ne possédons pas encore un assez grand nombre de textes pour que ce procédé puisse être généralisé. Il faut donc aller au plus pressé ; il faut exhumer cette masse de coutumes, de statuts et de styles, qui dorment dans la poussière de nos archives ; quand nous aurons multiplié les éléments d'étude, la critique fera son œuvre avec plus de sûreté.

Analyse de la coutume de Thégra.

1. Le bailli doit jurer, à son entrée en charge, qu'il rendra la justice aux pauvres comme aux riches, aux étrangers comme aux habitants, conformément aux us et coutumes de Thégra ; s'il se présente des cas que ces us et coutumes ne donnent pas le moyen de résoudre, il appliquera le droit romain.

2. Caution judiciaire. — En la requérant, le bailli doit en indiquer le motif. — Elle doit être en rapport avec l'importance du litige. — Celui qui ne peut la fournir doit affirmer qu'il est dans l'impossibilité de le faire, et jurer, en engageant tout ce qu'il possède, qu'il exécutera la sentence.

3. Le bailli doit juger les procès aussi promptement que possible, et ne prélever aucuns frais avant la fin de l'instance, si ce n'est pour les honoraires de son assesseur. Ces honoraires doivent être réglés avec modération et ne point préjudicier aux droits du demandeur.

4. Il est institué quatre *prud'hommes* pour veiller aux intérêts de la ville et aux droits réciproques de la ville et des seigneurs. — Ces *prud'hommes* prêtent serment au moment de leur installation. — Leurs fonctions sont annuelles.

5. Si le seigneur ou le bailli prétend lever des impositions trop fortes, il appartient aux *prud'hommes* de les réduire à une juste mesure.

6. Le bailli ne doit rien accepter des plaideurs pendant la durée de l'instance.

7. On ne peut saisir les vêtements du débiteur ni son lit.

8. Nul ne peut être arrêté ni détenu, s'il a de quoi répondre.

9. Celui qui a tué un homme de Thégra, ou qui le retient prisonnier, ne peut entrer dans la ville sans autorisation.

10. Tout habitant de Thégra peut vendre ses biens meubles ou immeubles et en emporter le prix, pourvu qu'il soit d'accord avec ses créanciers. Quant aux fiefs (1), il ne doit les transmettre, ni à un établissement de mainmorte, ni à un seigneur étranger; et s'il arrive qu'un fief soit transmis à un établissement de mainmorte, cet établissement doit fournir un nouveau tenancier dans le délai d'un an.

11. Le bailli doit appeler les *prud'hommes* aux enquêtes sur crimes et autres cas de haute justice; il y procède seul, si les *prud'hommes* refusent d'y assister.

12. Il est défendu d'entrer dans la propriété d'autrui

(1) J'emploie le mot *fiefs* pour me tenir aussi près que possible du texte original; mais il est bien entendu que dans cet article et les suivants il ne s'agit que de *fiefs roturiers*.

et d'y rien prendre sans la permission du propriétaire.

13. Les bans sont établis par les *prud'hommes* avec le concours du bailli.

14. La fille dotée en argent ou en immeubles ne peut plus rien prétendre dans les successions de ses père et mère, morts intestats, à l'encontre de ses frères ou sœurs ou descendants d'eux.

15. Tout majeur peut tester avec l'assistance de trois témoins.

16. Les engagements de la caution sont éteints si l'exécution n'en a pas été réclamée de la caution elle-même pendant sa vie, ou de ses héritiers pendant l'année qui suit son décès.

17. Dans les cas qui entraînent la confiscation des biens, on commence par réparer le dommage et payer les dettes du coupable, puis le seigneur justicier s'empare des meubles, tandis que les fiefs avec leurs dépendances font retour au seigneur censier.

18. L'homme et la femme surpris en adultère sont condamnés à courir tout nus ou à payer une amende de soixante sous et un denier, à leur choix. Celui qui leur fait un reproche public de leur crime est passible d'une amende de vingt sous chaque fois qu'il reproduit cette accusation (1).

(1) Cette disposition semble, au premier abord, assez difficile à comprendre. Comme d'une part le délit d'injures n'était poursuivi que sur la plainte de la partie offensée (art. 19), et que d'autre part la punition de l'adultère n'était guère moins scandaleuse que le crime lui-même, on a peine à s'expliquer la sollicitude que témoigne la coutume de Thégra en faveur de gens dont la réputation n'avait plus rien à perdre. Mais il faut remarquer qu'autant le moyen âge avait mis de bruit et de publicité dans le châtiment, autant il avait entouré la constatation du fait de précautions, je dirai presque de difficultés. Dans un grand nombre

19. Le délit d'injures n'entraîne aucune amende au profit du seigneur, s'il n'y a plainte de la partie offensée.

20. On a dix jours pour appeler du jugement rendu par le seigneur ou le bailli.

21. Tout homme qui vient s'établir à Thégra, jouit de la franchise, pourvu qu'il ait abandonné le fief qu'il tenait de son seigneur ou qu'il en ait assuré le service.

22. Le consentement des parties et l'intervention des *prud'hommes* suffisent pour la validité des conventions.

23. Les biens de l'étranger qui meurt sans testament, et dont les héritiers ne sont pas connus, doivent rester pendant an et jour sous la garde des *prud'hommes*. Ce délai passé, si les héritiers ne se sont pas présentés, ces biens sont dévolus au seigneur, sous la charge d'acquitter les dettes du défunt; mais si les héritiers se présentent ultérieurement, le seigneur les leur doit restituer.

24. L'exécuteur testamentaire est de plein droit tuteur

de coutumes, les deux coupables ne peuvent être condamnés que s'ils ont été surpris en flagrant délit par le bailli assisté des consuls ou de plusieurs témoins. Il semble qu'on reculait autant que possible devant la découverte de la vérité. Or, à ce point de vue, c'était une mauvaise action que d'appeler l'attention publique sur l'inconduite, encore secrète, d'un mari ou d'une femme, et de provoquer par des propos médisants les investigations et les rigueurs de la justice. Tel est, je crois, le sens qu'il faut attribuer à notre article. Ce n'est pas contre ceux qui raillent les coupables après leur condamnation que la peine de vingt sous est prononcée, mais bien contre ceux qui leur adressent des reproches publics avant que leur faute ait été juridiquement constatée. Cette interprétation se trouve pleinement confirmée par l'article 33 de la coutume inédite de Gramat, que M. Dufour a bien voulu me communiquer : « Item nos ny aultre officie nostre no « deu penre home ny femna en adulteri, *ni far vergonia*, sino que « y aya dos bos homes e de bona fama de Gramat en nostres « officiers. »

des enfants du défunt, si celui-ci n'en a pas désigné d'autre.

25. Les seigneurs de Thégra se réservent la perception des droits de *capsol* et d'*acapte* sur les acensements que leurs tenanciers pourraient faire des fiefs placés dans leur mouvance directe, mais non sur les acensements des fiefs mouvants de l'église et des chevaliers ou tenus en parage. — Ils se réservent également les droits de justice suivants : trois sous pour un procès simple ; sept sous pour un soufflet ou tout fait de violence ; soixante sous et un denier pour l'effusion du sang ou l'acte de tirer le couteau, sauf le cas de légitime défense.

26. La vie et la fortune du meurtrier sont à la merci du seigneur justicier, mais ses fiefs font retour au seigneur censier. — Chacun des seigneurs de Thégra se réserve en outre le droit d'exiger un don de la part de ses vassaux particuliers s'il fait le voyage d'outre-mer, s'il marie sa fille ou s'il est fait prisonnier ; la quotité de ce don doit être fixée par les *prud'hommes* de concert avec le bailli ; mais si les *prud'hommes* et le bailli ne peuvent se mettre d'accord, c'est à l'estimation des *prud'hommes* qu'on doit s'en tenir.

27. L'usage de faux poids ou de fausses mesures entraîne une amende de sept sous et la confiscation de la mesure ou du poids.

28. L'effusion du sang est punie d'une amende de soixante sous et un denier, si le coupable est âgé de douze ans accomplis ; au-dessous de cet âge la peine est laissée à la discrétion du bailli et des *prud'hommes*, mais il faut qu'il y ait plainte de la partie lésée.

29. Les hommes de Thégra doivent suivre leurs seigneurs à la guerre pendant une distance de cinq lieues.

30. Le produit des condamnations appartient à la communauté des habitants de Thégra, déduction faite de la réparation des dommages.

31. Le marchand qui vend à crédit moyennant la remise d'un gage doit attendre un mois s'il s'agit du seigneur, trois semaines s'il s'agit d'un chevalier et quatorze jours s'il s'agit de toute autre personne. Passé ces délais, il peut engager à son tour, pour le montant de ce qui lui est dû, l'objet qu'il a reçu en nantissement, et s'il n'y réussit pas, il peut le vendre, sauf à restituer au débiteur le surplus du prix. Si cet objet vient à périr après qu'il l'aura réengagé ou vendu, il n'en est plus responsable, pourvu qu'il ait prévenu le débiteur et lui ait fait connaître la personne à laquelle il l'a transmis.

Texte de la coutume de Thégra.

A totz aquels que aquesta carta veirau ni auvirau, Raimons Gasc, en Guilhems e Nuc fraire, en Rigals de Cavanhac, filhs que fo sai ab enreire d'en Guilhem Rotbert, e Nuc de Cornilh arquiprestre de Tegra, salutz e patz.

Conoguda cauza sia a totz aquels que so ni que s[er]o a venir que nos Raimons Gasc e nostre fraire avandichs e jeu Rigals de Cavanhac, senhor de la vila de Tegra, cascus per sa drechura, e jeu Nuc de Cornilh avandichs arquiprestre, per la salut de nostras armas e de nostres ancessors els successors, no dezeubut ni costreg ni endug per bauzia ni per neguna machinatio a aisso far que c'essec, mos cant per nostra propria voluntat, esgardat lo bo el profieg de la vila de Tegra e de nos e dels nostres successors, avem donada per aora e per totz tems libertat e franqueza a nostres homes que so ni que s[er]o a venir, ni habito ni habitarau en la vila de Tegra, en nostres fieus, vengutz e avenidors. E jeu Rigals

de Cavanhac menre d'ans renuncii ne a tot benefici de menor edat en aquest fagh i a tota restitucio, que jeu pogues demandar o aver per razo de la avandicha edat aora o en alcu tems. E jeu Raimons Gasc, en Guilhems e Nuc fraire, e jeu Rigals de Cavanhac avandichs, e jeu Nuc de Cornilh arquiprestre denandichs, avem jurat cascus de nos sus sainhs avangelis corporalmen tocatz per tener e per gardar la franqueza avandicha per totz tems, aissi cum es dich en aquesta carta e contegut, per nos e pels nostres successors, e renunciam ne a tot dreg escrig e non escrig, de leis e de cano, fag o que sia a far, e a tot us e a tot for e a tota costuma facha o a far, e a tot privilegi especial e general empetrat o [a] empetrar, e a tota autra causa per que nos o alcus de nos o alcus de nostres successors poecen venir encuntra la avandicha franqueza en alcu tems. E jeu Raimons Gasc, en Wilhems e Nuc miei fraire, per major fermetat de la avandicha franqueza, donem curador cum major senhor e autregem an Rigal de Cavanhac avandich Raimon de Cornilh son oncle, arquidiague de Caortz en aquel tems, cant a aquest fag e cant al nostre fieus e cant a la dicha franqueza ; e jeu Raimons de Cornilh avandichs receubi la cura e doniei ma auctoritat a aquo quel dichs Rigals mos botz a dich e fag e jurat aissi cum es contegut en aquesta carta, e jeu arquidiagues denandichs ei jurat sobre sainhcs avangelis que jeu o fassa tener a lhui e als sieus a mo poder.

E aisso so las costumas e las franquezas, que nos Raimons Gasc, en Wilhems e Nuc, e jeu Rigals de Cavanhac avandichs, e jeu Raimons arquidiaques denandichs, curadre del dich Rigal, avem donadas per totz tems als habitans de la vila de Tegra, e jeu Nuc de Cornilh arquiprestre ei volguda e facha aquesta franqueza dels homes de la gleia habitans e la vila de Tegra.

E las costumas so aitals :

1. Costuma es que cant bailes sera mes en la vila de Tegra per penre clams e justizias, deu jurar sobre sainhcs qu'el

tenha dreg al major e al menor, estrainh e privat, segon los us e las costumas de Tegra; e las cauzas que no poira menar pels us ni per las costumas, deu menar per dreg.

2. Costuma es que cel bailes demanda fiansa a home de la vila, deu lhi dire per que; e aquel a cui la demandara deu lhi afiar segon que la cauza es; e se afiar no pot, deu jurar l'esgart de la cort ab obligamen de sas cauzas qu'esteu a dreg; empero can jurara, deu dire que no laicha afiar, mos car no pot.

3. Costuma es que cant aura plag denan se, deu lo desliorar al plus tost que poira, e non deu levar messios tro a la fi del plag, se non o fazia per acessor, e adonc razonablamen; el clamans deu aver so dreg.

4. Costuma es que IIII prohome de la vila sio pauza per acosselhar lo profieg de la vila e la drechura dels senhors e de la vila, e aquo devo jurar cant i intrarau, e cant aurau cumplit un an, qu'en laicho autres IIII e lor loc per aquel meich coven.

5. Costuma es que cel senher ol bailes per iniquitat o per mal cosseilh volio levar sobregrans despessas, devos n'amezurar pel cosseilh dels IIII proshomes.

6. Costuma es quel bailes no deu penre servizi d'om entre quel plags er davan lhu[i]... per aquela cauza.

7. Costuma es que nuils hom no deu esser penhoratz de sos draps vestidors ni de so lieg en que jaira.

8. Costuma es que nuilhs hom no deu esser pres ni arestatz, mos que fassa dreg de sas cauzas.

9. Costuma es que nuilhs hom que aia mort home a Tegra o quel tenha pres no i deu intrar ces voluntat de la vila.

10. Costuma es que totz hom que sia habitans de Tegra pot vendre sas cauzas moblas e no moblas e portar assa voluntat, acordatz ab sos clamans; mos los fieus no deu metre e ma morta ni en senhor forsaic, e cel metia e ma morta, deu i redre feuzier al senhor dins un an.

11. Costuma es que si enquesta se fazia a Tegra per crim o d'autra granda senhoria, la deu far e deu i apelar los proshomes establitz, se i volo esser ; se no, que la fassa per se.

12. Costuma es que nuilhs hom no deu intrar en autrui ort ni en autrui vinha, ni penre fe ni palha ni autras cauzas, ces volutat d'aquel cui es.

13. Costuma es que cant bans se fara, queilh IIII prohome ab lo cosseilh del baile lo devo penre e metre al profieg de la vila.

14. Costuma es que [si] alcus hom maridava sa filha, sa maire viven, ab deniers o ab heretat, e moria lo paire ses testamen, la filha maridada ni siei er no podo re demandar els bes del paire, mentre que i aura heret de fraire o de seror o de lor dichendens; aquo meich dizem dels bes de la maire.

15. Costuma es que tota persona que sia d'edat puesca far testamen, e valha ab III guarens leials.

16. Costuma es que si alcus hom fa fiansa per autre, e nol requer en sa vida, e I an apres sa mort queilh heretier non sio requerit, non devo esser puei tengut l'heretier de fiansa.

17. Costuma es que si hom a facha cauza per que deia perdre totz sos bes, adobat lo malefici e pagatz sos deudes, lo senher deu penre los bes movables, eilh fieus ab lor apertenemens torno ad aquels de cui los te.

18. Costuma es que tota femna maridada o totz hom molheratz o autre que sia pres ab molherada, o molherada ab autre, devo corre nut o passe cascus ab LX sols e I d., se los vol dar ; e se nuilhs hom lor o retraia, es e la pena de XX sols per cascuna vetz que lor o retrairia.

19. Costuma es que si mal dichs se fazia d'ome o de femna, lo senher no i a re ses clam.

20. Costuma es que cel senher ol bailes fa jutgamen, e la partida se te per greviada, pot apelar dins X dias.

21. Costuma es que totz hom que venha a Thegra, laichat lo fieus asso senhor o servit, francs es.

22. Costuma es que totz acortz que sia fags pels proshomes establitz deu estar ferms, s'es fags per voluntat de partidas.

23. Costuma es que se nuilhs hom moria estranhs ses testamen, c'om noilh saubes heretier, devo esser comandadas sas cauzas a proshomes de la vila bos e leials, que las gardo per I an e I jorn ; e se dins aquel tems era vengutz heretiers, deu l'hom redre las cauzas del mort; e se non era vengutz heretiers dins lo tems sobredich, devo esser redut lhi be al senhor, fag lo furmimen de l'home segon sos bes; el senher, si heretiers venia, deu los lhi redre.

24. Costuma es que si nuilhs hom fa gadiers en sos bes, que aqueilh gadier sio tutor dels efans de l'home o de sos heretiers, se autres non fazia.

25. Costuma es queilh senhor retegro per nom de senhoria que se lor feuzier acessavo lor fieus, lor capsols els acaptes, sal lo fieus c'om te de la gleia e dels cavaliers e del lhinatge de la sala, que aqueilh prendo los capsols els acaptes dels fieus c'om te de lor o tenria, en calque manieira denier i fosso donat. Eilh senhor reteno lors senhorias en la vila, so es assaber : en clam III sols, en gautada VII sols, en tot esvaimen VII sols, en sanch LX sols e I d., en cotel trag LX sols e I d., se non o fazia so cors defenden que fos requeritz ab glai.

26. Costuma es de tot home que autre ausia es encorregutz per cors e per aver, el senher deu far la justizia, eilh fieus ab lor apertenemens devo tornar al senhor de cui los te. Eilh senhor retegro cascus sobre lor homes que s'ilh anavo otra mar, queilh donesso, o se maridava sa filha, a cascuna una vetz, o se era pres, quel covengues a remer; e aquest dos que deu esser faghs per aquestas III cauzas, deu esser faghs a l'esgart dels IIII proshomes quesso establit a acosselhar la vila el bailes que fos ab lor; e cel bailes no volia esser acordans ab lor, lhi IIII prohome ne devo esser creut razonablamen.

27. Costuma es que falsa mezura e fals pes e falsa auna deu VII sols a la senhoria, e la mezura perduda.

28. Costuma es que totz sanchs que sia de XII ans en sus, LX sols e I d., e d'aqui en jos, se clams i era, fos a l'esgart del baile e dels IIII proshomes.

29. Costuma es que lhi home devo segre cascus lor senhors V legas per lor dezeret.

30. Costuma es que lhi esplec devo esser cuminal als habitans de la vila de Tegra, malafacha adobada.

31. Costuma es que totz hom que venda, deu penre gatge a senhor I mes, e a cavalier III setmanas, e a autres homes XIIII dias; e d'aqui avan que l'empenhe, se pot, per sos deniers, e se no pot, quel venda, e que rede, si pagat, lo sobre plus ad aquel quel gatges er, e d'aqui en lai no sia tengutz, s'es vendutz o empenhatz, a aquel de cui l'aura agut, ses perdia, mos que lho agues dich e a cui l'avia bailat.

E jeu Raimons Gasc, per mi e per mos fraires, senher de la vila de Tegra, aitan cum mos dregs es, e jeu Rigals de Cavanhac, senher de Tegra per ma partida, e jeu Raimons de Cornilh, arquidiagues de Caortz, donatz curadre pen Raimon Gasc e per sos fraires al dich Rigal de Cavanhac, receubuda la cura del dich Rigal, lo cals jeu avandichs arquidiagues autorgui tot cant lo dichs Rigals a fag ni dich dessus en aquesta carta de la dicha franqueza de Tegra, e jeu [Nuc de Cor]nilh, arquiprestre de Tegra, per la partida de la gleia, cascus de nos aissi cum em numnat dessus, avem pauzat nostres sagels en aquesta prezen carta en testimoni de vertat. E jeu Raimons Gasc, per mi e per mos [fraires, ei donada] aquesta franqueza sobredicha per mos homes e per ma drechura, e cofermi aquela del dich Rigal a las preguieiras de lhui e de sos amixs.

Aquesta carta e aquesta franqueza sobredicha fo facha e donada [e l'an de l'incar]natio de nostre Senhor de mil e CC e LX e VI ans, el mes de novembre.

EUGÈNE DE ROZIÈRE.

PIERRE D'AIREBAUDOUZE DU CEST

JURISCONSULTE GENEVOIS (1557-1627).

I

Voici un magistrat auteur, légiste lettré, éditeur érudit, auquel on a pris sa nationalité, son nom de famille, son identité même. Je crois bien qu'il ne doit figurer qu'au troisième rang des jurisconsultes *romanistes* du XVIe siècle, mais il n'en mérite pas moins de sortir de l'oubli presque total où l'a jeté une série étonnante de bévues et de quiproquos.

Tout le monde connaît ou est censé connaître l'édition glosée du *Corpus juris civilis* de Petrus ab Area Baudoza Cestius, en 4 volumes in 4°, Genève (et Lyon) 1593, (1600), 1614. J'admets aussi que nul n'ignore avec quel suprême dédain Hugo en a parlé. La sentence du grand maître, que je me garde bien de critiquer, est sans doute considérée comme définitive et sans appel par les pandectaires et les historiens d'aujourd'hui, car ils se dispensent généralement de mentionner, ne fût-ce qu'en deux mots, l'édition et l'éditeur. On peut rappeler cependant que ce *Corpus juris* si méprisé a joui pendant longtemps d'une réputation fort bonne. Daniel Nettelbladt (1), qui n'était pas un étourdi, le proclame le meilleur en son genre. Et voici ce qu'en dit Struve (2) : « *Inter diversas autem edi-* « *tiones praestare videtur Petri ab Area Baudoza Cestii* « *caractere minori rubeo nigro eleganti exscripta atque edi-* « *ta...,. Quæ non solum accurata, nam summa diligentia*

(1) Mort en 1791. Voyez ses *Initia historiæ litterariæ*, § 396.
(3) III, 15; 6e édition, 1725.

« *varias lectiones composuit, sed ad usum quotidianum* « *maxime commoda.* » Haubold parle de l'éditeur en termes honorables : « *Jurisconsultus et criticus inter juris* « *justinianei editores memorabilis.* »

Le même Petrus ab Area Baudoza Cestius a publié les Institutes de Justinien à Lyon en 1591, avec des notes. Cette édition a ceci de remarquable qu'elle contient les extraits de Novelles, connus sous le nom d'Authentiques, qui se trouvent dans une douzaine de manuscrits, et qui sont dus probablement aux glossateurs, en particulier à Irnerius. Baudoza les a insérés dans le texte même, d'après les manuscrits qu'il avait en main. Cujas les avait mis à la fin de son édition de 1585.

Baudoza a encore publié des *Notæ in Institutiones,* à Genève, chez Jean Stœr, 1614, in-16, selon Spangenberg, in-24, selon Lipenius. Peut-être est ce simplement les notes de l'édition de Lyon. Je n'ai pu jusqu'à présent mettre la main sur ce rarissime petit volume. Avis aux bibliophiles et aux collectionneurs.

Enfin le même auteur a publié à Lyon, en 1586, un *Poëticæ latinæ thesaurus, libris X,* in-8°, et en 1590, *Poëticæ elocutionis formulæ,* in-12 ; et à Genève, en 1589, une Géographie, *Orbis terrarum synoptica epitome,* in-8.

On trouve encore de lui, en tête de quelques ouvrages dedroit de l'époque, des préfaces en vers, odes à l'auteur, etc., en latin, selon la grande mode d'alors.

Qui était ce Petrus ab Area Baudoza Cestius, qu'on trouve appelé aussi Boudoza? Selon Haubold, dont l'exactitude rigoureuse et la sobriété sont passées en proverbe, et qui préférait se taire plutôt que d'affirmer quelque chose dont il n'était pas absolument sûr, c'était un Genevois. C'est du moins ce qui ressort de ses *Institutiones lit-*

terariæ, où il appelle Baudoza *criticus Genevensis*. Les *Institutiones* ont été publiées en 1809. Dix neuf ans auparavant, dans les Tables synoptiques (1790), il l'avait classé parmi les Français. Chose curieuse, on cherche vainement les écrits et le nom d'un Area Baudoza ou d'un Cestius quelconque dans l'*Histoire littéraire* du vénérable et lourd Sénebier. Pourtant Sénebier était bibliothécaire à Genève et ne fait pas grâce à ses lecteurs du plus mince pédant, qui, dans Genève, a su tenir une plume.

D'autre part, Baudoza est déclaré Français par le très-petit nombre d'auteurs français qui parlent de lui ; très-petit nombre, et rien que des modernes, car il semble inconnu aux Sainte Marthe, Denis Simon, Taisand, Nicéron, Terrasson, et *tutti quanti*. — Les lexicographes et historiens juridiques allemands, qui se sont tous plus ou moins copiés les uns les autres, ou bien ne disent pas un mot de sa nationalité, ou bien, comme Haubold en 1790, affirment imperturbablement sa qualité de Français, malgré l'omission de son nom dans les répertoires que je viens de citer, omission assez significative pourtant, et qui aurait dû au moins leur inspirer quelques doutes.

Mais tout cela s'explique aisément, sauf à la rigueur le silence de Sénebier, puisque, comme on va le voir, notre jurisconsulte était né à Genève et même né citoyen de Genève, mais d'une famille huguenote du Languedoc, laquelle venait de s'établir et d'être naturalisée dans la cité de Calvin.

Je ne sais quel malencontreux écrivain a le premier eu l'idée d'appeler Baudoza ou Boudoza *Baudoche*, sans doute pour le rattacher à la vieille souche des chevaliers et échevins de ce nom, l'une des plus distinguées du pays Messin et de la ville de Metz. Cette invention gratuite

a été religieusement copiée par les autres compilateurs, sans qu'on ait songé à s'étonner de ce qu'un savant et un lettré de la bonne époque des humanités et belles-lettres, auteur et collectionneur de poësies latines, eût pu avoir le bizarre mauvais goût de latiniser le nom de *Baudoche* en *Baudoza* ou *Boudoza* au lieu de *Baudochius* ou *Baldochius*. Quant aux deux ou trois autres mots qui forment le nom de notre auteur, il paraît qu'on ne s'en inquiète guère. Voici, par exemple, ce que je lis dans l'estimable manuel d'Eschbach : « *Baudoche surnommé Cestius*, plus poëte et littérateur que jurisconsulte » (1). M. Spangenberg, oubliant qu'il vaut infiniment mieux être incomplet qu'inexact, prétend expliquer ce *surnom*. A cette fin, il fait naître son Baudoche à Cettes, dans l'Hérault ; c'est pour cela, dit-il, qu'on l'appelle *Cestius*.... Dans la Biographie Didot on le trouve expédié en deux lignes sous le nom de *Baudozianus* ou *Ab Area Baudoza*, ce qui, soit dit en passant, ne fait guère honneur à l'entreprise qu'a dirigée un homme aussi compétent que le Dr Hœfer.

Et cependant il n'est pas besoin de beaucoup de pénétration pour reconnaître sous la forme latine Area Baudoza le nom bien connu d'Airebaudouze, autrement Aireboudouze, ou encore Ariboudouze, car les trois orthographes sont employées indifféremment ; dans le *surnom* de Cestius, le nom de seigneurie sous lequel plusieurs membres de la branche de cette famille fixée à Genève sont désignés le plus communément ; enfin dans Petrus ab Area Baudoza Cestius, Pierre d'Airebaudouze du Cest.

(1) En outre, M. Eschbach a l'air de croire que l'édition de 1593 de *Baudoche* est la première qui ait été intitulée *Corpus juris*. Il la confondait sans doute avec celle de 1583 de Denis Godefroi.

Au sujet de cette famille noble, qui a possédé la baronnie d'Anduze et fourni plusieurs personnages marquants, magistrats, officiers, au royaume de France, on peut consulter les histoires spéciales, les généalogies, enfin les armoriaux, qui lui donnent pour blason : *d'azur à la gerbe de blé d'or*, armes parlantes, puisque c'est dans l'aire que le blé s'engrange et se bat.

Quant à la branche des sieurs du Cest, fixée à Genève, elle y a subsisté honorablement dans les mâles pendant trois quarts de siècle, dans les femmes pendant cent trente ans, depuis noble et spectable Pierre d'Airebaudouze, sieur du Cest, — ancien archidiacre de Nîmes, ministre de l'Évangile, protestant zélé, bien qu'auteur de *Questions de catéchisme* un peu sujettes à caution, reçu bourgeois pour dix écus en 1555, au moment de la grande affluence des étrangers, jusqu'à ses arrière-petites-filles, dont l'une, Jeanne, dite mademoiselle, puis dame du Cest, mariée à l'auditeur Daniel De la Rive, a testé le 16 juin 1682.

II

Le seul jurisconsulte à moi connu de cette branche, le seul par conséquent qui doive nous occuper ici, est un petit-fils du pasteur, appelé Pierre comme lui, et comme lui sieur du Cest, — une seigneurie que j'ai cherchée en vain dans le Languedoc, et que n'indique aucun des répertoires que j'ai pu consulter, — peut-être une simple gentilhommière, un pigeonnier, aux environs d'Anduze ou de Privas, dans le Vivarais ou dans les Cévennes?

Il naquit en 1557. Son père était noble Guillaume d'Airebaudouze, membre du conseil des Deux-Cents de la ville et république de Genève en 1566, mort en 1571 ; sa mère,

noble Madeleine de Burine. Il était l'aîné de plusieurs enfants; Jacques, le plus jeune, du conseil des Deux-Cents en 1614, est maintes fois mentionné avec lui dans les actes des notaires genevois. Jacques d'Airebaudouze mourut en 1623, ne laissant que des filles de sa femme, Marie, fille de Sébastien Saladin, marchand et bourgeois de Genève. Il conste d'acte notarié qu'un autre fils de noble Guillaume, Jean d'Airebaudouze, fut mis en 1580 en apprentissage de tailleur d'habits. Ce fait n'a rien de surprenant pour qui connaît les habitudes et l'histoire des familles genevoises au XVIe et au XVIIe siècle.

Je n'ai rien pu découvrir encore touchant la jeunesse et les études de notre Pierre, qui est qualifié docteur en droit. Haubold le dit élève de Pacio et de Denis Godefroi. Or, Pacio professa le droit à Genève de 1575 à 1579, puis de 1580 à 1585, et Denis Godefroi de 1580 à 1589. Le nom de Pierre d'Airebaudouze du Cest ne se trouve pas dans le catalogue, évidemment incomplet, qui est connu sous le nom de *Livre du Recteur*. Peut-être n'a-t-il pas été immatriculé à Genève et a-t-il pris le bonnet dans une autre école, ce qui ne serait pas difficile à constater. Peut-être n'est-ce qu'après avoir terminé ses études qu'il a suivi les cours de Godefroi. Il doit avoir partagé sa jeunesse entre le droit et les belles-lettres, puisque c'est vers la fin de cette première période de sa vie (1586) que se place sa première publication littéraire et poétique (1).

C'est à l'âge de trente-trois ans que Pierre d'Airebau-

(1) Voici ce qu'en dit Morhof : «Quasdam metaphorarum poëti-« carum, sed paucas collegit P. ab A. B. in suis poëticae elocu-« tionis formulis, quae editæ sunt Lugd. 1590... *et ante illud tem-« pus sub nomine* FUNDANI (?)». Les deux ouvrages que j'ai cités plus haut n'en feraient-ils qu'un ?

douze fit ses débuts dans la vie publique. Il entra au conseil des Deux-Cents en 1590, et quelques années après, en 1598, dans la magistrature, en qualité d'*auditeur*, c'est-à-dire d'assistant du lieutenant en la justice ordinaire. D'après les édits de 1568, on nommait à ce poste, qui jouait, sous certains rapports, le rôle de *primus gradus honorum*, « gens de bonne conscience, aimant « équité et droicture, et de bonne prudence pour juste- « ment juger. » Le lieutenant et ses assistants devaient tenir la cour, « pour faire droit, » trois jours la semaine. En outre : « Que, tous les jours après le sermon, le lieutenant « ou deux de ses assistants soient résidents en la banche, « pour ouyr les plaintifs et mettre provision sur iceux, en « attendant qu'on puisse faire justice. Le samedy, que le « semblable se fasse après disné aussi, à cause des estran- « gers et multitudes de gens qui viennent au marché. En « matière de provision subite, que le lieutenant appelle « ses assistants et s'assemblent extraordinairement, selon « la nécessité du cas.

« Qu'avant que commencer l'audience, en toutes causes « généralement, prières soyent faittes à Dieu, et à l'issue « action de grâces. »

En 1602, d'Airebaudouze est qualifié d'avocat.

Il fut appelé à exercer son ministère comme tel dans un procès célèbre, dont les suites devaient être funestes à celui qui fut un moment son client.

La république était alors dans une situation des plus critiques. Le duc de Savoie, encouragé par toute l'Europe catholique, jugeait le moment venu de l'écraser. Le honteux coup de main du 12 décembre 1602, connu sous le nom d'*Escalade*, avait échoué, mais une nouvelle tentative pouvait avoir lieu d'un instant à l'autre et réussir.

Le peuple, vivement impressionné par le danger auquel la république avait échappé par miracle, ne voyait partout que traîtres et complots, et l'expérience des dernières années n'était certes pas faite pour le rassurer. La conduite d'un des premiers magistrats, du syndic de la garde, Philibert Blondel, dans l'affaire de l'Escalade, parut suspecte. Examiné une première fois, il fut déclaré irréprochable. Mais sa propre imprudence et la haine d'un homme avec lequel il était en procès, amenèrent une nouvelle enquête et une mise en accusation. L'opinion publique était bien hostile au syndic, car on lit dans les *Extraits des registres des Conseils*, de Grenus, en date du 21 octobre 1603 : « M. Blondel, se plaignant qu'il reste « indéfensible (indéfendu), aucun avocat ne voulant l'as- « sister, le grand conseil ordonne d'une manière fort ex- « presse à M. du Cest de le faire. »

J'ignore si et comment l'avocat d'office s'acquitta de son ingrate mission. Le fait est que, par jugement du conseil des Deux-Cents, du 8 novembre, Philibert Blondel fut condamné à être déposé de sa charge de conseiller, et que ses moulins, avec un pré et une vigne, furent confisqués au profit de l'hôpital, sous cette déclaration néanmoins qu'il n'était coupable d'aucune infidélité, et qu'il n'encourait, par la sentence qu'on rendait contre lui, aucune note d'infamie (1). Quoi qu'on puisse penser de ce jugement, le choix fait par le conseil ne laisse pas que d'être fort honorable pour Pierre d'Airebaudouze.

En 1605, diverses circonstances amenèrent une reprise d'enquête. Blondel y poussa lui-même, par imprudence ou par un étrange aveuglement. Le procureur général

(1) Spon, Histoire de Genève, an. 1603.

devait naturellement intervenir dans cette grave affaire. Or, cette haute position était occupée, en ce temps-là, par Joseph Blondel, propre frère du prévenu. Ce fut donc le substitut, David Larchevêque, qui dut agir. La procédure dura trois mois. On eut plusieurs fois recours à la question, sans obtenir d'aveux (1). Finalement, Blondel fut condamné à dix ans de prison, à 2,000 écus d'amende et aux dépens. Nous retrouvons ici Pierre d'Airebaudouze, mais cette fois en qualité de conseil d'Ami Lacombe, qui s'était porté partie criminelle contre l'ex-syndic : en date du 26 novembre 1605, le petit conseil alloue vingt ducatons au sieur du Cest pour ses vacations comme conseil d'Ami Lacombe contre Philibert Blondel.

A ce moment, du reste, il venait d'être élu à la dignité de procureur général. En effet, on lit dans les registres du Petit Conseil, séance du 28 octobre : « Pour procureur « général, attendu que le sieur Joseph Blonde a para- « chevé ses trois ans à la fin de cette année, ont été esleus « les sieurs Symon Butini et Pierre d'Airebaudouze, dit « du Cest. » Ceci n'était qu'une présentation. Le 3 novembre, le conseil général élut du Cest, qui prêta serment, le 4, devant le petit conseil. Mais il ne dut entrer en fonctions qu'au commencement de 1606.

C'est en cette année que se passa le dernier acte du drame lugubre dont je viens de raconter les premières phases. Blondel donna lieu à un troisième procès, dans

(1) « Arrêté que selon les réponses de Philibert Blondel on le « poursuivra plus outre par les *afres*, malgré la greveure qui est « à son corps à la suite de la question. Arrêté qu'il soit élevé aux « dits *afres*, vu qu'il n'a rien voulu confesser tant à la *corde* qu'à « la *beurière*. » La *corde*, c'est l'*estrapade*, la *cuerda* des Espagnols. J'ignore le sens technique spécial d'*afre* et de *beurière*. (Extraits des Registres du Conseil, 16 novembre 1605.)

lequel la torture joua son rôle comme dans le précédent. Peut-être Blondel était-il innocent du crime de haute trahison, mais il parut avoir donné dans de vilaines intrigues et trempé dans l'assassinat d'un paysan qui aurait pu témoigner contre lui. Bref, le 1er septembre 1606, il fut roué, puis son corps écartelé, et selon la louable coutume d'alors, ses quartiers furent pendus en quatre différents lieux des limites de la république, sa tête mise sur les crénaux du Molard, et tous ses biens, lesquels étaient considérables, confisqués. Spon dit qu'il ne témoigna pas de grands remords.

Le procureur général avait des attributions très-élevées et très-étendues, non-seulement criminelles, mais encore civiles et administratives. Il veillait aux libertés publiques, à l'observation des édits et ordonnances. Il était d'office le gardien des droits populaires, le défenseur de la veuve et de l'orphelin. Pendant que d'Airebaudouze occupait cette charge, en 1607, les Deux-Cents décidèrent « que le sieur procureur général tiendra un re-« gistre des tuteurs, pour leur faire rendre compte, de « trois en trois ans, à la moindre dépense qu'il sera pos-« sible. »

Le 9 janvier 1610, d'Airebaudouze fut élu, bien que célibataire (1), membre du Petit Conseil ou Conseil d'État, c'est-à-dire de l'autorité suprême, qui cumulait la juridiction avec tous les autres pouvoirs. Dès le lendemain, on le voit assister aux séances. Un nouveau procès criminel, de la plus haute gravité, s'instruisait alors. Un fonctionnaire important, le sautier Pierre Canal, fils d'un vénérable syndic tué sept ans auparavant à l'Escalade,

(1) On ne voyait pas les célibataires de bon œil dans la puritaine cité de Calvin. Jusqu'en 1568 ils étaient inéligibles.

était accusé et fut convaincu de haute trahison. Dans un but d'intérêt personnel, il avertissait un officier savoisien, tant de bouche que par écrit, « de toutes les affaires de « l'État, et en particulier des avis qu'avait le magistrat « des entreprises qui se tramaient contre la république.» On découvrit « qu'ayant été lui-même dans le secret « d'une de ces entreprises, il avait promis de s'y employer « et d'exécuter lui-même une commission particulière qui « lui serait donnée pour la faire réussir. » Il avoua aussi le crime de sodomie. On lit dans les registres du Conseil en date du 22 janvier 1610 :

« Pierre Canal. Arresté qu'on sursoye de le faire ré- « pondre jusqu'à ce que M. Sarasin aye parachevé l'in- « formation ; cependant, que M. du Cest visite ses papiers, « qu'il devra prendre par inventaire. »

Canal fut premièrement rompu tout vif, et puis brûlé à petit feu, « *témoignant une grande repentance de ses « fautes.* »

D'Airebaudouze fit partie du Conseil d'État pendant dix-sept ans, jusqu'à sa mort. Il y dut certainement jouer, comme légiste, un rôle éminent. Il est à remarquer qu'il tient dans le Conseil une position à peu près intermédiaire entre ses deux célèbres compatriotes, les deux plus grands jurisconsultes qu'ait produits Genève, Lect et Jacques Godefroi. Lect mourut en 1611 ou 1612, et Jacques Godefroi fut élu conseiller en 1629.

Durant cette dernière période, on rencontre plus d'une fois le nom d'Airebaudouze dans des circonstances qui lui font honneur.

C'est ainsi qu'en 1611, la république ayant besoin d'argent pour parer aux éventualités d'une guerre qui semblait imminente, les conseillers s'imposèrent eux-

mêmes pour donner l'exemple aux citoyens; les plus riches s'engagèrent à donner 5 florins par semaine; quelques-uns 4, et du Cest est du nombre; les autres, moins.

Vers cette époque, du Cest fut envoyé, muni de blancs-seings, en mission auprès des synodes des Églises protestantes du Languedoc.

En 1615 et 1616, une peste terrible désolant la ville, il fut nommé inspecteur de la santé publique.

Il ressort de plusieurs actes notariés, qu'il entretenait avec le midi de la France, patrie de ses pères, des relations fréquentes, continuelles même, d'affaires et d'amitié. On le voit prêtant de l'argent ou servant de caution aux *escholiers* d'Anduze, d'Alais, de Nîmes, qui venaient étudier la théologie à Genève. Il sert d'intermédiaire à un avocat de Montpellier dans je ne sais plus quelle transaction. Il a des rentrées à Privas, pour lesquelles il donne procuration. Enfin, il avait bien conservé le domaine du Cest, situé, selon toute probabilité, dans le Midi, puisqu'à sa mort il le transmit à sa nièce.

Sa position de fortune paraît avoir été bonne, à en juger par les nombreux placements d'argent qu'on lui voit faire et par sa maison de Genève, qui lui venait de son grand-père le ministre, et qu'il fit restaurer en 1606, ainsi que le rappelle une inscription qu'il y a fait placer et qu'on y voit encore, où l'on peut lire en abrégé de mauvais goût : PIERRE DU CEST, PROCUREUR GÉNÉRAL, 1606. Cette maison, assez vaste et bien construite, paraît être restée telle quelle dès lors; elle forme le n° 7 de la rue de l'Évêché et appartient actuellement à M. Heyer, directeur des archives, par suite d'achat fait, en 1803, des descendants de Jeanne De la Rive, dame du Cest.

Pierre d'Airebaudouze du Cest mourut en 1627, sans

postérité. Il avait épousé, en 1613, Judith Galline, dont un frère, Marc-Antoine Galline, est qualifié marchand et habitant de Genève. Elle était veuve de Zacharie Boizot, et convola en troisièmes noces, assez vite après la mort de son deuxième mari, avec noble Jacques Bitry, conseiller d'État.

III

Voilà tout ce que j'ai pu recueillir jusqu'à présent sur ce jurisconsulte perdu et retrouvé (1); c'est bien pauvre sans doute, bien extérieur, et l'élément scientifique y fait presque défaut, mais d'autres pourront y ajouter, y corriger peut-être; je le désire et les remercie d'avance.

J'ose croire cependant que, si incomplète qu'elle soit, cette esquisse peut offrir quelque instruction et quelque intérêt, à des points de vue divers.

J'y vois d'abord l'intérêt historique. Pour les huguenots de France, c'est, en quelque sorte, un intérêt de famille. D'Airebaudouze du Cest augmente la liste des légistes notables que la Réforme peut revendiquer, des Doneau, des Hotman, des Coras, etc. Pour les Genevois, c'est un intérêt national. La petite Genève a brillé dans les sciences exactes et d'observation, grâce au nombre étonnant de savants qui sont sortis de ce *grain de sable*, que Capo d'Istria appelait un *grain de musc*. La théologie aussi a toujours été en honneur dans la *Rome protestante*. En revanche, les sciences sociales et politiques n'y ont pas eu autant d'adeptes, quoique on puisse nommer, dans les derniers cent ans, des publicistes tels que De

(1) Qu'il me soit permis de nommer ici avec reconnaissance MM. *Galiffe*, *Heyer*, *Le Fort*, de Genève, grâce auxquels j'ai été mis en état de constater l'identité de Petrus ab Area Baudoza Cestius avec Pierre d'Airebaudouze du Cest.

Eome, Mallet du Pan, Clavière, Du Mont; un économiste tel que Cherbuliez; des historiens de synthèse comme Sismondi, d'érudition comme Galiffe; des jurisconsultes enfin, tels que François-André Naville, Bellot, Odier. De fait, le grand nom de Jacques Godefroi et le nom respectable de Jacques Lect sont restés un peu seuls de leur espèce à la hauteur où leurs contemporains les plaçaient et où le jugement de la postérité les a maintenus. Car Germain Colladon, Edmond de Bonnefoi, Denis Godefroi, Jules Pacio de Bériga, Henri Scrimgeour ne sont pas des enfants de Genève, mais des étrangers que l'hospitalière république a reçus dans son sein. A tous ces noms célèbres, les Genevois peuvent associer maintenant le nom plus modeste, mais estimable, de Pierre d'Airebaudouze du Cest, comme une illustration de plus dans leur Panthéon. Et ceci doit intéresser la Suisse entière, où les *romanistes* n'ont jamais foisonné. En effet, je ne vois guère que Keller au XIXe siècle, Jean-Rodolphe Iselin, Vicat, Fellenberg au XVIIIe, aux XVIIe et XVIe Steck et Ulric Iselin, qui se soient acquis une notoriété quasi européenne.

Mais il est un point de vue supérieur à ces questions d'amour-propre national et d'illustration de clocher. N'est-ce pas pour nous un devoir positif de rendre hommage à ceux qui nous ont précédés dans la carrière de notre choix, à nos maîtres qui ont amassé ce trésor commun de belle science, d'honneur, de respect, sur lequel nous avons le privilége de vivre en usufruitiers, et dont nous aurons à rendre compte à nos successeurs comme des dépositaires, ou plutôt comme des mandataires? C'est une noble discipline que la biographie, et d'une haute moralité; on la cultivait jadis avec amour, on la néglige singulièrement aujourd'hui.

Pour les jurisconsultes de la grande époque en particulier, de la Renaissance, du XVIe siècle, parmi lesquels on peut certainement ranger d'Airebaudouze, on ne les pratique guère sans y trouver quelque profit. Me fais-je illusion? Il me semble que du peu que nous savons de la vie de notre jurisconsulte, il y a déjà plus d'un enseignement à tirer. Bien placé dans le monde, gentilhomme mêlé à de bonne bourgeoisie républicaine, il a cultivé les belles-lettres et les sciences générales et publié dans sa jeunesse des écrits purement littéraires. Il passe trente-sept années de sa vie dans les conseils, dans les charges publiques, comme juge, comme procureur général, comme membre du corps suprême. Il fonctionne, et fait appliquer les lois cruelles de son époque, dans des affaires pénales de la plus haute importance, qui exigeaient, en cette petite ville entourée d'ennemis acharnés, toujours en embuscade, plus que du savoir, plus que de la pénétration, du courage personnel, de la fidélité, du patriotisme. Il prend part aux affaires de sa religion, pour laquelle sa famille s'est exilée. Et en même temps, au milieu de tout cela, il trouve le loisir d'éditer, de rééditer, de critiquer et de commenter les sources du droit romain d'une manière qui n'est peut-être plus à la hauteur des procédés actuels, mais dont on a fait cas pendant deux siècles. Et le naturel revenant au galop, il fait des préfaces en vers aux ouvrages juridiques de ses amis.

J'exagère peut-être mon sujet, mais j'y crois voir, en petit sans doute, un exemple de plus de cette grandiose activité intellectuelle, de cette multiplicité de génie jointe à une remarquable force de travail qui caractérisait les générations de la Renaissance et de la Réforme, bien autrement robustes et fécondes que la nôtre qui est si souvent

incomplète, déviée, atrophiée d'un côté, hypertrophiée de l'autre, grâce à la trop grande division du travail et au culte exagéré de la spécialité. La vie de Pierre d'Airebaudouze n'est qu'un reflet de celle de la plupart des hommes de science de son temps, et l'on comprend aisément que son nom soit tombé dans l'obscurité et l'oubli si l'on songe à ces géants dont la gloire remplissait alors l'Europe, et dont l'esprit savait tout embrasser. Qu'on se rappelle, pour ne prendre que deux ou trois exemples un peu au hasard, un Viglius, tour à tour professeur, haut fonctionnaire, prélat, homme politique, toujours érudit infatigable, rédigeant les trop fameux placards et le premier à éditer Théophile; un François Hotman, à la fois jurisconsulte, historien, philologue, théologien, errant par l'Europe comme professeur, comme diplomate, presque comme missionnaire, polémisant contre tous et contre chacun, contre les docteurs scolastiques, les « gens à gros « et lourd cerveau, sophistes, chicaneurs, abuseurs et im- « posteurs de justice », contre les papistes, contre les ubiquitaires, contre Cujas lui-même, et en même temps qu'il écrivait la *Gaule franke* et les traités de droit romain les plus profonds et les plus élégants, publiant des pamphlets burlesques et exhalant sa foi bouillante et implacable dans les *Consolations tirées de l'Écriture sainte*. Qu'on se rappelle enfin un Jacques Godefroi, éditant le *Philostorgus* et rédigeant ses immortels commentaires, outre beaucoup d'autres écrits, tout en fonctionnant à l'Académie et au Petit Conseil, quatre fois syndic et chargé pour la république de missions délicates à l'étranger; *stupendæ eruditionis, immensæ diligentiæ*, dit Haubold; en tout cas le plus grand *romaniste* de son siècle, digne d'être mis à côté de Cujas et d'Antoine Favre.

Chez ces hommes supérieurs, dont Pierre d'Airebaudouze du Cest est le contemporain et pour lesquels il forme comme un trait d'union par la date de sa naissance et par celle de sa mort, la séparation qu'on établit de nos jours entre la pratique et la science n'existait pas. En eux l'homme d'étude et l'homme d'action étaient réunis ; l'un fécondait l'autre ; ils coopéraient sans cesse et si bien que nous autres, Epigones spécialistes, nous sommes émerveillés, effrayés presque, de ce qu'ils ont su produire.

ALPHONSE RIVIER,
Professeur de Pandectes à l'Université de Bruxelles.

UN PACTUM FIDUCIÆ

NOTE SUR UNE INSCRIPTION LATINE RECEMMENT DÉCOUVERTE.

Les lecteurs de la Revue nous sauront gré d'extraire du nouveau volume du *Corpus inscriptionum* qui vient de paraître à Berlin (1), une inscription qui présente un intérêt juridique tout particulier.

En juin 1868, M. Emile Hübner recevait de M. Francisco Mateos Gago, de Séville, la reproduction photographique d'une plaque de bronze récemment trouvée vers l'embouchure du Guadalquivir : sur cette plaque cassée, mais dont les deux fragments se raccordaient sans lacune, étaient gravées dix-sept lignes, dont l'écriture, bien que paraissant dater du temps d'Auguste (2), était encore dans un parfait état de conservation. Bientôt après, ces dix-sept lignes étaient publiées en Allemagne dans trois recueils différents, d'abord dans l'*Hermès* (3), puis dans le *Corpus inscriptionum* (4), puis dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte* (5), avec un commentaire approfondi de M. Henri Degenkolb. Je n'entreprendrai pas dès aujourd'hui de commenter à mon tour ce document obscur en bien des points. Je voudrais seulement indiquer, sans les discuter, les nombreuses questions juridiques qu'il pourra faire naître ou qu'il pourra aider à résoudre.

Voici d'abord le fac-simile donné par M. Hübner :

(1) *Corpus inscriptionum, T. II, Inscript. Hispanæ*, ed. Æm. Hübner, Berolini, 1869. — Le premier volume, s'arrêtant à la mort de César, a été publié par M. Mommsen, en 1863.

(2) C'est ce que M. Hübner croit pouvoir induire de la forme des caractères et d'autres indices matériels.

(3) T. III, p. 283 et suiv., 1868.

(4) *Corpus inscript. latinarum*, t. II, p. 700, n. 5042.

(5) T. IX, p. 117 et suiv., décembre 1869.

DAMA · L · TITI · SER · FVNDVM · BAIANVM · QVI · EST · IN · AGRO · QVI
VENERIENSIS · VOCATVR · PAGO · OLBENSI · VTI · OPTVMVS · MAXVMVSQ
ESSET · HS N · I · ET · HOMINEM · MIDAM · HS N · I · FIDI · FIDVCIAE · CAVSA · MAN
CIPIO · ACCEPIT · AB · L · BAIANIO · LIBRIPENDL · ANTEST · AD · FINES · EVNDO
5 DIXIT · L · BAIANIVS · L · TITIVM · ET · C · SEIVM · ET · POPVLVM · ET · SIQVOS · DICERE · OPORTET
PACTVM · COMVENTVM · FACTVM · EST · INTER · DAMAM · L · TITI · SER · ET · L · BAIAN,
QVAM · PECVNIAM · L · BAIANO · DEDIT · DEDERIT · CREDIDIT · CREDIDERIT · EX
PENSVMVE · TVLIT · TVLERIT · SIVE · QUID · PRO EO · PROMISIT · PROMISERIT
SPOPONDIT · FIDEVE · QVID · SVA · ESSE · IVSSIT · IVSSERIT · VSQVE · EO · IS · FVNDVS
10 EAQVE · MANCIPIA · FIDVCIA · ESSENT · DONEC · EA · OMNIS · PECVNIA · FIDES
VE · PERSOLVTA · L · TITI · SOLVTA · LIBERATAQVE · ESSET · SI PECVNIA · SVA QVA
QVE · DIE · L · TITIO' · H · VE · EIVS · DATA · SOLVTA · NON · ESSET · TVM · VTI · EVM
FVNDVM · EAQVE · MANCIPIA · SIVE · QVAE · MANCIPIA · EX · IS · VELLET · L · TITI
VS · H · VE · EIVS · VELLET · VBI · ET · QVODIE · VELLET · PECVNIA · PRAESENTI
15 VENDERET · MANCIPIO · PLVRIS · HS N · I · INVITVS · NE · DARET · NEVE · SA
TIS · SECVNDVM · MANCIPIVM · DARET · NEVE · VT · IN · EA · VERBA · QVAE · IN · VER
BA · SATIS · S · M · DARI · SOLET · REPROMITTERET · NEVE · SIMPLAM · NEVE

Il suffit de ponctuer, de remplir les abréviations, et de corriger deux ou trois erreurs évidentes, pour obtenir le texte plus intelligible que voici :

Dama L. Titi ser*vus* fundum Baianum qui est in agro qui | Veneriensis vocatur, pago Olbensi, uti optumus maximusq*ue* | esset, HS *sestertio* n*ummo* I (*uno*) et hominem Midam HS *sestertio* n*ummo* I (*uno*) fidi (*a*) fiduciæ causa man | cipio accepit ab L. Baianio,(*b*) libripend*e* (*c*), (*d*) antest*ato*. Adfines *f*undo (*e*) | dixit L. Baianius L. Titium et C. Seium et populum et si quos dicere oportet.

Pactum comventum factum est inter Damam L. Titi ser*vum* et L. Bai an*ium* | : quam pecuniam L. *Titius L.* (*f*) Baian*i*o dedit dederit, credidit crediderit, ex | pensumve tulit tulerit, sive quid pro eo promisit promiserit | spopondit *spoponderit* (*g*), fideve quid sua esse jussit jusserit, usque eo is fundus | eaque mancipia fiduciae essent, donec ea omnis pecunia persoluta fides | ve (*h*) L. Titi soluta liberataque esset. Si pecunia sua qua | que die L. Titio h*eredi*ve ejus data soluta non esset, tum uti eum | fundum eaque mancipia, sive quæ mancipia ex is vellet L. Titi | us h*eres*ve ejus vellet, ubi et quo die vellet pecunia præsenti | venderet, mancipio pluris HS *sestertio* n*ummo* I (*uno*) invitus ne daret, neve sa | tis secundum mancipium daret, neve ut in ea verba quæ in ver | ba satis *secundum* m*ancipium* dari solet repromitteret, neve simplam neve *duplam*.

(*a*) Sur le génitif *fidi* pour *fidei*, voyez Aulu-Gelle, IX, 14.
(*b*) Le nom du *libripens* est omis.
(*c*) Au lieu de *libripendL.*
(*d*) Le nom de l'*antestatus* est omis.
(*e*) Au lieu de *Eundo.*
(*f*) L'omission des mots *Titius L.*, indispensable pour le sens, est le résultat d'une inadvertance. Degenkolb, *l. l.*, p. 119.
(*g*) Encore un mot omis par inadvertance.
(*h*) Au lieu de *fidesve persoluta.* Degenkolb, p. 143.

On n'a qu'à jeter un coup d'œil sur cette inscription pour s'apercevoir qu'elle est à la fois incorrecte et incomplète. Incorrecte : les notes *c*, *e*, *f*, *g*, *h*, ci-dessus, prouvent assez l'incurie du scribe ou son ignorance. Incomplète : elle se termine par le mot *neve;* complète en elle-même puisqu'elle est encadrée dans un filet en relief, la table que nous possédons suppose une seconde table et n'est peut-être que la moitié d'un diptyque. Ne perdons pas de vue ces deux circonstances : elles devront nous rendre plus réservés dans les inductions à tirer de ce document.

Ce qui n'est pas moins évident, c'est l'objet général de notre inscription : tout jurisconsulte reconnaîtra, dans cette mancipation accompagnée d'un pacte de fiducie, la forme primitive de l'hypothèque moderne, le contrat par lequel le débiteur, dans la plus ancienne jurisprudence romaine, affectait son bien à la sûreté de son obligation. Jusque-là tout est fort clair, mais voici où les difficultés commencent. Qu'est-ce que cette formule de mancipation avec fiducie? est-ce la constatation, la relation d'un contrat réel et préexistant? ne serait-ce pas plutôt un modèle général, un formulaire de contrat? C'est l'opinion de M. Mommsen : « Je croirais volontiers, dit le savant épigraphiste (1), que nous avons ici le formulaire qu'un esclave, envoyé en province pour les affaires de son maître, emportait avec lui pour lui servir de modèle dans les contrats qu'il aurait a passer. » Divers indices rendent vraisemblable cette conjecture : 1° les noms de Dama,

(1) Dans une note insérée dans le volume de M. Hübner, *Corpus inscr.*, t. II, p. 700. — Telle est aussi l'opinion de M. Ch. Giraud, dans une notice sur notre inscription, qu'il va publier, et dont il a bien voulu me communiquer le manuscrit.

L. Titius, C. Seius, qui paraissent des noms imaginaires et qui figurent dans toutes les formules, surtout le nom de L. Titius qui est attribué à la fois à deux personnages différents (lignes 1 et 5); 2° les variations dans la désignation de la chose mancipée : la ligne 3 de notre inscription n'indique qu'un seul esclave (*hominem Midam*), les lignes 10 et 13 en mentionnent plusieurs (*eaque mancipia*); 3° peut-être aussi les noms du *libripens* et de l'*antestatus* laissés en blanc (1). Mais ne peut-on pas d'un autre côté opposer à M. Mommsen : 1° que les désignations *fundus Baianus*, *ager Veneriensis*, *pagus Olbensis*, ne ressemblent nullement à des dénominations imaginaires; 2° qu'il est assez étrange de donner à un esclave une formule pour *manciper* un fonds lorsqu'on l'envoie hors du territoire italique; 3° que c'est un modèle de contrat bien peu portatif pour un intendant en voyage que deux lourdes plaques de bronze gravées seulement d'un côté (2), et que, d'ailleurs, ces plaques étaient sans doute fixes et non mobiles, puisque celle que nous possédons porte encore quelques-uns des clous qui la fixaient? Voilà donc une première question que je n'ose résoudre, pas plus que n'a osé le faire M. Degenkolb (3).

Si, après ce coup d'œil d'ensemble, nous examinons notre inscription dans ses détails, nous remarquerons tout d'abord que les deux alinéas qui la composent sont relatifs à deux objets juridiques bien distincts : dans le premier alinéa, c'est de la mancipation qu'il s'agit; dans le second, c'est du pacte de fiducie ; et la distinction

(1) Voyez *supra*, notes *b* et *d*.

(2) M. Mommsen dit cependant (*l.l.*) : « Nam eo et tituli forma ducit « actori iter facienti magis habilis quam in rerum usu recepta. »

(3) Degenkolb, *l. l.*, p. 121 et suiv.

bien nette que notre texte établit entre ces deux actes, suffit, ce me semble, pour trancher une question débattue dans la science. D'après plusieurs jurisconsultes, la convention de fiducie aurait fait partie intégrante de la mancipation, et, formulée dans la *nuncupatio* solennelle, elle aurait trouvé sa sanction dans le principe des Douze Tables : « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua « nuncupassit, ita jus esto » (1). D'autres savants, au contraire, détachant la fiducie de la mancipation, en faisaient une convention à part (2). Or notre inscription prouve deux choses : 1° que la mancipation et la fiducie ne se confondaient point, puisque Dama et Baïanius commencent par terminer leur mancipation avant de passer à leur *pacte* de fiducie ; 2° que le pacte de fiducie, bien que distinct de la mancipation, la suivait immédiatement et se faisait devant les mêmes témoins : car, puisque ces témoins ne sont pas mentionnés dans la partie de l'inscription qui nous reste, ils l'étaient sans doute à la fin de l'acte et dans la partie qui nous manque. En deux mots, le pacte de fiducie s'appuie sur la mancipation, et c'est pour cela qu'il est obligatoire, mais il ne se confond point avec elle, et c'est pour cela qu'il produit, non une action de droit strict, mais une action de bonne foi.

Je viens de montrer le rapport qui unit les deux parties de notre inscription. Je vais maintenant examiner séparément chacune d'elles.

I. — *Dama L. Titi servus.* — C'était un usage général,

(1) Festus, v° *Nuncupata pecunia.* — Huschke, *Zeitschr. f. gesch. R. W.*, vol. XIV, p. 246.

(2) Ihering, *Geist d. rœm. Rechts*, II, p. 558 (1re édit.), p. 533 (2e édit.).

chez les Romains riches et de condition, de faire faire leurs contrats par leurs esclaves (1).

Fundum Baianum qui est in agro... — M. Hübner place ce fonds, avec assez de vraisemblance, dans le territoire d'Hasta, aujourd'hui San Lucar de Barrameda : c'est dans les environs de San Lucar que l'inscription a été trouvée; Hasta était une colonie, ce qui expliquerait peut-être pourquoi le *fundus Baianus*, bien que situé en province, est ici traité comme une *res mancipi*.

Uti optumus maxumus. — Cette clause, qui était presque de style, signifiait que le fonds aliéné était libre de toute servitude (2).

Sestertio nummo uno. — Toute mancipation est une vente et suppose un prix. Mais ici la vente est fictive et le prix purement nominal (*nummus unus*) (3) : si le prix était réel, le créancier ne trouverait plus dans la fiducie la garantie de sa créance.

Et hominem Midam sestertio nummo uno. — Pourquoi deux prix distincts puisque ces prix sont fictifs? C'est qu'il fallait autant de prix distincts qu'il y avait de mancipations, et autant de mancipations qu'il y avait d'objets mancipés. Ce n'est là qu'une des nombreuses applications d'un principe très-général dans le vieux droit quiritaire : tout acte solennel était par là même un acte *spécial*. Ce principe s'appliquait à la stipulation : « tot sunt stipu-« lationes quot corpora, tot sunt stipulationes quot

(1) L. 14, C. *de contr. stip.*, VIII, 38. Liebe, *die Stipulation*, p. 22, note 3.

(2) L. 75, D. *de evict.*, 21, 2; LL. 90, 169, D. *de V. S.*, 50, 16. Brisson, *de Formulis*, VI, 35.

(3) Gaius, I, 119; Lex Thoria, capp. 21, 22, 30, 33. Degenkolb, *l. l.*, p. 129 et suiv.

« summæ »(1). Il s'appliquait à l'*in jure cessio* : « *singulæ* « res vindicari possunt » (2). Il s'appliquait de même à la mancipation : Ulpien nous dit qu'on ne pouvait pas manciper à la fois plus d'objets mobiliers qu'on n'en pouvait saisir avec la main (3); à plus forte raison ne pouvait-on pas manciper à la fois un objet mobilier (*hominem Midam*) et un immeuble (*fundum Baianum*).

Fidi fiduciæ causa. — Ces mots étaient-ils insérés dans la formule solennelle que devaient prononcer les parties? Cela paraît vraisemblable, mais je n'oserais l'affirmer (4).

Mancipio accepit. — Dans la plupart des formules de mancipation qui nous restent (5), la mancipation est accompagnée d'une remise de possession, *vacuæ possessionis traditio*. Cette clause fait ici défaut, et ce n'est pas sans raison : ici la mancipation n'était qu'une sorte d'affectation hypothécaire, elle n'avait pour but que de donner une sûreté au créancier ; or, le créancier avec fiducie, pas plus que notre créancier hypothécaire, n'avait besoin de posséder son gage (6).

Libripende, antestato. — Notez ici la différence entre l'*antestatus*, qui est mentionné, et les *testes* qui ne le sont point : c'est que l'*antestatus*, étant interpellé par une

(1) LL. 1 § 5, 29, 75 § 9, 140, D. *de V. O.*, 45, 1.

(2) L. 2 § 26, D. *vi bon. rapt.*, 47, 8 ; LL. 3 § 1, 56, D. *de R. V.*, 6, 1. — On sait que l'*in jure cessio* n'était qu'une revendication fictive. Gaius, II, 24.

(3) Ulpien, XIX, 6. Ulpien ajoute que cette règle de la *spécialité* ne s'appliquait pas aux mancipations qui ne comprenaient que des immeubles. Mais cette exception au principe n'est-elle pas d'origine plus récente? C'est l'opinion de M. Ihering, *Geist des rœm. Rechts*, t. III, p. 137, p. 32.

(4) Cfr. sur cette question ce que j'ai dit plus haut, page 79.

(5) Zell, n. 1779, 1780, 1785.

(6) Cfr. Degenkolb, *l. l.*, p. 133.

formule sacramentelle, inséparable des solennités de la mancipation, concourait, comme le *libripens*, à la célébration de l'acte; les *testes* n'étaient que de simples assistants (1).

Adfines fundo dixit. — La mancipation, nous l'avons dit, devait être *spéciale :* de même qu'il fallait, pour les meubles, une exhibition et une tradition manuelle, il fallait, pour les immeubles, une désignation précise et détaillée, c'est-à-dire une indication de tous les confins (2).

Populum. — Un terrain public, probablement la voie publique (3).

Et si quos dicere oportet. — Clause de style (4), nécessaire pour couvrir la responsabilité du vendeur en cas d'erreur involontaire, si, par exemple, l'un des voisins indiqués se trouvait n'être qu'un propriétaire apparent.

II. — J'arrive au pacte de fiducie. Bien que plus étendue que la première, cette seconde partie de notre inscription est malheureusement incomplète. Elle devait comprendre trois chefs bien distincts : 1° objet de la convention : énumération des diverses créances garanties par la fiducie (lignes 5 à 11); — 2° droits conférés au

(1) Sur l'*antestatus*, Cfr. Horat., sat. I, 9, v. 75, *et ibi* Porphyrion. — Huschke, *Fl. Syntrophi instrumentum*, p. 43 sqq. — L'interpellation aux témoins dont parle Gaïus (II, 104) était spéciale à la *mancipatio familiæ*.

(2) Dans une simple vente (sans mancipation) cette indication n'était pas indispensable, bien qu'une indication mensongère pût donner lieu à un recours en garantie. LL. 35 § 8 et 63 § 1, D. *de C. E.*, 18, 1.

(3) Degenkolb, *l. l.*, p. 128.

(4) Clauses équivalentes : *Et si qui alii adfines sunt; — quaquemque tangit et populum.* Voyez Spangenberg, *tab.* 23, 48, 49, 54, 56.

créancier, et notamment droit pour le créancier, s'il n'est pas payé, de vendre les biens affectés à sa créance ; — 3° obligations imposées au créancier, et notamment obligation pour le créancier, s'il est payé, de remanciper ces biens au débiteur. De ces trois parties de la convention, il ne nous reste plus que les deux premières.

A. — La convention énumère quatre catégories de créances : *quam pecuniam L. Titius L. Baianio* (1°) *dedit dederit*, (2°) *credidit crediderit*, (3°) *expensumve tulit tulerit*, (4°) *sive quid pro eo promisit promiserit, spopondit spoponderit, fidevve quid sua esse jussit jusserit.* — Dans les trois premières causes de créances (*pecunia data, credita, expensa lata*), je crois reconnaître les trois contrats indiqués par Cicéron comme les trois sources de l'action *certæ pecuniæ* (*mutuum, stipulatio, expensilatio*) (1) : les mots *credita pecunia* sont pris ici dans le sens général que leur attribuait Savigny (2); ils désignent, ou du moins ils comprennent, dans leur généralité, le contrat verbal. Quant à la quatrième classe de créances, elle est fort différente des trois premières : ce n'est plus en contractant directement avec Baianius, par *mutuum*, contrat verbal ou littéral, que Titius est devenu créancier : il s'est porté caution pour Baianius par l'une des trois formes solennelles, *promissio, sponsio, fidejussio* (3); il a payé ce que Baianius devait, et sa créance contre Baianius est un recours en garantie.

Cette énumération de créances, prise dans son ensem-

(1) *Pro Roscio comœdo*, 5.

(2) Savigny, t. V, append. 14, n. 10.

(3) Cf. Gaius, III, 115. — Sur l'expression *promittere* pour *fidepromittere*. Voyez Degenkolb, *l. l.*, p. 142.

ble, pourra paraître doublement étrange : elle est à la fois plus étroite et plus large qu'on ne s'y serait attendu.

Elle est fort étroite : les seules créances garanties sont celles qui sont à la fois : 1° pécuniaires, 2° déterminées (*certæ pecuniæ*), 3° dérivées d'un contrat solennel ou tout au moins d'un contrat de droit strict. Ce triple caractère, évident dans les trois premières classes de créances (*pecunia data, credita, expensa lata*), se retrouve aussi, ce me semble, dans la quatrième : la créance de la caution contre le débiteur principal a sa cause, tout au moins indirecte, dans le contrat de cautionnement, et il est à remarquer que les formes de cautionnement solennelles sont les seules que relate notre inscription (1). J'ajoute que cette créance de la caution est toujours une créance pécuniaire, et que, pour le *sponsor* tout au moins, c'était une créance *certæ pecuniæ* (2). En était-il de même du *fidepromissor* et du *fidejussor ?* Avaient-ils, outre l'action de mandat, une *condictio certi* ? Je le croirais volontiers; mais je touche ici, je l'avoue, à l'une des questions les plus difficiles que soulève notre texte (3).

Fort restreint d'un côté, notre pacte de fiducie, est, de l'autre, fort étendu : il embrasse les créances futures comme les présentes (*dedit dederit*, etc). Il n'y a là, je crois, rien d'exorbitant. Si l'on a pu douter de la validité d'une constitution hypothécaire faite en vue d'une créance future (4), la validité d'une mancipation faite

(1) Elle laisse de côté le *mandatum pecuniæ credendæ* et le *constitut.* Degenkolb, *l. l.*, p. 141.

(2) Puisqu'elle s'exerçait par la *manus injectio pro judicato.* Gaius, IV, 22.

(3) Voyez pour plus de détails, Degenkolb, *l. l.*, p. 140.

(4) Cf. L. 4, D. *quæ res pign.*, 20, 3 ; LL. 1 et 11, D. *qui poti.*, 20, 4.

dans le même but ne peut être l'objet d'un doute : car les effets de la mancipation ne dépendent point de l'intention des parties, du but particulier qu'elles poursuivent ; ils résultent d'une forme solennelle et sont comme elle invariables et absolus. Faudra-t-il en conclure que, dans notre espèce, Baianius ne pourra jamais intenter l'action *fiduciæ* et recouvrer son gage, car, eût-il payé tout ce qu'il doit, une dette future est toujours possible ? Cette conclusion rigoureuse serait évidemment exagérée : le jour où tout rapport d'affaires aura cessé entre les contractants, le préteur ne refusera point à Baianius l'exercice d'une action qui n'est soumise à d'autres lois qu'à celles de l'équité (1).

Je viens de supposer que Baianius et Titius étaient en relation d'affaires, et cette supposition me paraît indispensable : ce sont les créances qui pourraient naître de ces relations, et celles-là seulement que les parties ont voulu comprendre dans leur pacte : c'est ce qui explique pourquoi ce pacte embrasse d'un côté jusqu'aux créances futures et élimine de l'autre les créances non contractuelles. Enfin si, parmi tous les contrats, notre pacte n'en mentionne que trois, *mutuum, stipulatio* (avec *fidepromissio, sponsio, fidejussio*), *expensilatio,* c'est que ce sont là les trois formes de contrat solennelles et traditionnelles, et que l'usage général, dans l'ancienne Rome, était de ramener à ces trois formes, par des novations ou des *transcriptions*, les opérations juridiques les plus variées (2).

Usque eo is fundus... fiduciæ esset donec ea omnis pecunia persoluta... — Faut-il conclure de ces expressions

(1) « Ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione.» Cicéron, *de Offic.*, III, 17 ; *ad Famil.*, VII, 12.

(2) Degenkolb, *l. l.*, p. 137.

que, lors du paiement, la fiducie cessera de plein droit, que le fonds rentrera de plein droit dans le patrimoine du débiteur? Non, sans doute : pour détruire les effets de la première mancipation, il ne faudra rien moins qu'une mancipation nouvelle ; le débiteur n'aura donc que l'action *personnelle* de fiducie pour obtenir du créancier cette remancipation.

B. — *Si pecunia sua quaque die... soluta non esset...* – Si chaque dette n'est pas payée à son échéance, le créancier a le droit de vendre le gage. Ce droit peut donner lieu à plusieurs observations.

On peut demander d'abord quel besoin a le créancier de se réserver ainsi, par une clause spéciale, le droit de vendre, lorsqu'il vient d'acquérir par la mancipation la pleine et entière propriété. Pour répondre à cette question, il suffit de remarquer que ce droit de vendre forme une clause, non de la mancipation, mais du pacte de fiducie. Or, tout pacte de fiducie impose en général à l'acquéreur l'obligation de conserver et de rendre, par conséquent de ne point aliéner : telle est l'obligation du commodataire, du dépositaire, de l'acheteur d'un fils de famille qu'on émancipe ou qu'on adopte (1), en un mot de tout acquéreur sous pacte de fiducie autre que le créancier; et, s'il y a exception pour ce dernier, c'est grâce à cette clause spéciale qui lui réserve la faculté de vendre. En un mot, le droit que cette clause confère au créancier n'est point un droit *réel* sur le gage, c'est un droit *personnel* vis-à-vis du débiteur. Cette faculté est tellement personnelle, individuelle, qu'elle est intransmissible : aussi le créancier a-t-il soin de la réserver pour

(1) Gaius, I, 140 sqq.; II, 60.

son héritier comme pour lui-même : *Titius heresve ejus... venderet* (1).

Le créancier pourra donc, sans engager sa responsabilité, vendre le gage. Mais de quelle manière et à quelles conditions?

Ubi et quo die vellet. — Le créancier n'est donc point tenu de vendre publiquement, en un lieu et à un jour fixés et annoncés d'avance ; il peut vendre à l'amiable, et le soin qu'il prend de se réserver expressément ce droit, semble indiquer que la vente publique (*proscriptio*) était, dès cette époque, exigée par l'usage, bien qu'elle ne fût pas, comme aujourd'hui, prescrite par la loi (2).

Pecunia præsenti. — Le créancier se réserve, en outre, la faculté de ne vendre qu'au comptant. Grâce à cette clause, il pourra refuser l'offre d'un prix avantageux payable à terme et préférer un prix minime payable au comptant, sans qu'on puisse l'accuser de manquer à la bonne foi et aux devoirs que le pacte de fiducie lui impose; car il pourrait répondre : « Nihil magis bonæ fidei congruit « quam id præstari quod inter contrahentes actum « est » (3).

(1) Plus tard, on a interprêté cette clause d'une façon moins étroite. L. 8 § 4, D. *de pign. act.*, 13, 7. Degenkolb, p. 148.

(2) Dernburg, *das Pfandrecht*, t. II, p. 135.

(3) L. 11, § 1, D. *de act. emti*, 19, 1. — La clause *die præsenti* pourrait s'interpréter tout autrement: on pourrait y voir, non pas un droit que le créancier se réserve, mais une obligation qu'on lui impose; la vente à crédit, pourrait-on dire, est interdite au créancier comme plus onéreuse pour le débiteur, car elle prive celui-ci de l'espoir de rentrer dans son bien, sans le libérer de sa dette. Le sens que je propose concorde mieux avec l'ensemble du texte, car les clauses qui précèdent et qui suivent sont toutes dans l'intérêt exclusif du créancier. Voyez en ce sens Degenkolb, *l. l.*, p. 148.

Mancipio. — Le droit de manciper est, pour le créancier, une suite naturelle du droit de vendre : bien que l'acheteur ne pût exiger, en principe, la mancipation (1), elle était la suite habituelle du contrat de vente, et souvent elle était imposée par une clause de ce contrat (2).

Pluris sestertio nummo uno invitus ne daret. — Qu'est-ce à dire? le créancier aura-t-il le droit d'aliéner le gage même pour un prix fictif, c'est-à-dire non plus de le vendre, mais de le donner? C'est impossible, et voici, je crois, le vrai sens de cette clause un peu obscure. Toute mancipation, je l'ai déjà dit, était une vente, réelle ou fictive, et imposait au vendeur l'obligation de rendre à l'acheteur, en cas d'éviction, le double du prix solennellement payé et pesé à la balance (3). Pour s'affranchir de cette obligation qui résultait des formes mêmes de l'acte, le vendeur n'avait qu'un moyen, c'était de dissimuler le prix réel et de ne faire figurer comme prix dans les solennités de la mancipation qu'une simple pièce de monnaie, *nummus unus*. C'est là précisément ce que fera, dans notre espèce, Titius le vendeur : sans doute, en vendant son gage, il en touchera le prix; mais ce prix, il ne le fera point peser par le *libripens*, il ne le produira point devant les témoins, et il n'y aura qu'un prix fictif dans la mancipation, bien qu'il y ait eu un prix réel dans la vente. En un mot, la mancipation *nummo uno* de notre

(1) L. 11 § 2, D. *de act.emti*, 19,1.

(2) Paul, I, 13, 4; Gaius, IV, 131.

(3) Paul, II, 17, 3 : « Auctoritatis venditor duplo tenus obliga« tur. » Il pouvait toutefois s'acquitter en payant spontanément le simple. Cicéron, *de offic.*, III, 16.

texte n'est point une donation, c'est une vente sans garantie (1).

Mais voici deux objections qui s'élèvent contre l'explication que je propose. On peut m'opposer d'abord que le créancier qui vend son gage, n'étant point soumis, en droit commun, à l'obligation de garantie, n'a nul besoin d'une clause spéciale pour s'en affranchir. Je réponds qu'il faut distinguer à cet égard la fiducie de l'hypothèque : le créancier n'est pas propriétaire de la chose hypothéquée, et, lorsqu'il la vend, ce n'est pas à titre de propriétaire, c'est à titre de créancier ; mais, lorsqu'il vend la fiducie, qu'il a acquise par mancipation, il la vend à titre de propriétaire, et, comme tout vendeur qui se prétend propriétaire, il est tenu de garantir (2).

On peut objecter en second lieu que la question de savoir si le créancier sera ou non garant, est tout à fait indépendante de ses rapports avec le débiteur et par conséquent doit rester étrangère au pacte de fiducie. Mais le débiteur est ici plus intéressé qu'il ne semble : le vendeur qui refuse sa garantie, vend d'ordinaire moins cher que celui qui se porte garant; on aurait donc pu prétendre, sans la clause qui nous occupe que le créancier, en refusant sa garantie, a déprécié le gage et trahi les intérêts du débiteur.

C'est encore à cette dispense de garantie pour le créancier vendeur que se rapportent les deux dernières clauses

(1) Cfr. Degenkolb, qui paraît préférer une explication différente, p. 149 et suiv.

(2) Si le créancier est obligé comme *auctor* de restituer le prix à l'acheteur évincé, aura-t-il lui-même un recours contre le débiteur, l'action *fiduciæ contraria* par exemple ? C'est probable. Cfr. Degenkolb, p. 169.

qu'il me reste à expliquer. Bien que relatives au même objet, ces deux clauses, si je les comprends bien, se rapportent à deux cas fort différents : la première, au cas de vente par mancipation, la seconde au cas de vente par simple contrat consensuel.

Neve satis secundum mancipium daret. — En cas de mancipation, une double obligation pesait en principe sur le vendeur : 1° nous venons de voir qu'il était garant, *auctor*, et soumis à ce titre à l'*actio auctoritatis* ; — 2° il devait en outre fournir un *auctor secundus*, c'est-à-dire une caution, un garant subsidiaire; c'est ce qu'on appelait *satisdare secundum mancipium* (1). Mais de même qu'il pouvait s'affranchir de la première obligation en mancipant *nummo uno*, il pouvait s'affranchir de la seconde en déclarant dans la *nuncupatio* qui accompagnait la mancipation : « Vadem ne poscerent nec dabitur » (2). Titius, dans notre espèce, après s'être réservé par la clause précédente la première de ces facultés, a soin ici de se ménager la seconde.

Neve ut in ea verba quæ in verba satis secundum mancipium dari solet repromitteret neve simplam neve (duplam). — Cette clause, je l'ai déjà dit, ne fait pas double emploi avec la précédente ; elle en diffère à deux égards. Tout à l'heure il s'agissait d'une *satisdatio*, c'est-à-dire d'une caution que le vendeur devait fournir ; il s'agit maintenant d'une *repromissio*, c'est-à-dire d'une simple pro-

(1) Cujas, *Observ.* XI, 4 ; *ad Afric. quæst.* 8 (L. 30, § 1, *de Act. emti*). — Cette double garantie était-elle due seulement pour l'éviction, ou aussi pour les vices rédhibitoires ? Cfr. Sell, *Jahrbücher*, t. II, p. 9 et suiv.

(2) Varron, *de Lingua lat.*, VI, 74. Sur le sens du mot *vas*, Cf. Rivier, *Unt. ü, d. Cautio prædibus*, p. 14 et suiv.

messe du vendeur (1). Tout à l'heure c'était une vente par mancipation (*satisdatio secundum mancipium*), c'est maintenant une vente sans mancipation : ce qui le montre, c'est que la *repromissio* dans cette vente devra être formulée à l'instar des formules de la mancipation : *ut in ea verba quæ... satis secundum mancipium*. Nous devons donc, pour expliquer cette dernière clause, supposer une vente par simple contrat consensuel et rechercher quelle était, en ce cas, l'obligation de garantie du vendeur.

Ici plus d'*actio auctoritatis*, plus d'obligation légale de fournir caution (2) : toutes les obligations du vendeur se résumaient en une seule, contracter *de bonne foi*. Mais le formalisme méticuleux des anciens Romains ne pouvait se contenter d'une obligation si vague ; aussi chercha-t-on à communiquer à cette obligation les formes précises, les effets rigoureux de l'*auctoritas* : dans l'usage, le vendeur promettait, par une formule calquée sur les formules de la mancipation, de restituer à l'acheteur évincé le double du prix, et se soumettait ainsi à la même obligation que l'*auctor* (3). Cet usage devint si général qu'on finit par le regarder comme obligatoire, et que, pour s'en affranchir, il fallut une clause spéciale : « ne venditor simplam neve « duplam repromitteret », ou « ne quid evictionis nomine præstaretur » (4). Telle est précisément la clause qu'ont en vue les derniers mots de notre texte.

(1) Les mots *repromissio* et *satisdatio* sont souvent opposés dans les textes. L. 37, D. *de evict.*, 21, 2.

(2) LL. 4, 56, D. *de evict.*, 21, 2.

(3) C'est la *stipulatio duplæ*. Elle n'était usitée que pour les ventes sans mancipation. Varron, *de re rustica*, II, 10, 5 : «... Si mancipio non datur, dupla promitti.»

(4) Ces deux clauses ont-elles le même sens? C'est probable. Cf. L. 11 § 15, D. *de act. emti*, 19, 1, et Degenkolb, p. 162.

Ici s'arrête notre inscription; elle est, comme on ' fort incomplète. Plus incomplète encore est la glose q viens d'y joindre. J'essayerai peut-être un jour de la c pléter lorsque cette curieuse inscription aura fait l'o de plus amples commentaires et que les maîtres d science n'auront frayé le chemin.

PAUL GIDE,
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de P

BIBLIOGRAPHIE

ETUDES SUR L'HISTOIRE DU DROIT CRIMINEL DES PEUPLES ANCIENS (Inde brahmanique, Egypte, Judée), par J.-J. THONISSEN, *professeur à l'Université catholique de Louvain, membre de l'Académie royale de Belgique.* Bruxelles, Bruylant-Christophe et comp. — Paris, A. Durand et Pedone-Lauriel, 1869. In-8, 2 vol. de xv-247 et 316 p.

L'histoire du droit criminel n'est pas, comme on le pense trop légèrement, un objet de pure curiosité, un catalogue fastidieux de tableaux sanglants et de peines cruelles ; c'est, au contraire, un sujet d'études sérieuses, dont les résultats intéressent l'historien et le philosophe autant que le publiciste.

C'est par les lois pénales que les peuples font un premier pas visible hors de la barbarie. Aussi haut que peut remonter l'histoire, on trouve des lois pénales mêlées aux coutumes primitives des peuples et aux progrès successifs qu'ils font dans la voie de la civilisation. A mesure que ces notions générales d'ordre et de liberté progressent, les idées sur la manière d'envisager les actions coupables se modifient et prennent un autre caractère.

Explorer les annales du droit criminel, c'est par conséquent mettre en lumière l'une des faces les plus intéressantes de la civilisation de chaque âge de l'humanité.

Dans ses recherches sur le droit criminel des peuples anciens, M. Thonissen n'a pas suivi les sentiers battus. Il ne nous parle ni des Grecs, ni des Romains. L'histoire du droit criminel, dit-il, doit débuter par l'Inde, l'Égypte et la Palestine. Quelles que soient les idées qu'on se forme sur les origines et les éléments de la civilisation de l'Europe, on sera toujours obligé d'arrêter ses regards sur les trois grands foyers de lumière qui ont si longtemps brillé sur les rives du Gange, du Nil et du Jourdain.

I. Pendant plusieurs siècles, l'Inde a offert l'imposant spec-

tacle d'une civilisation vivace qui ne dut rien à l'influence étrangère. Née sur le sol même, elle était parvenue à un développement remarquable au moment où commencent, pour l'Europe, les temps historiques.

Les éléments de cette civilisation sont consignés dans ce Code antique et vénérable que les Européens désignent sous la dénomination de *Lois de Manou*, mais que les Indiens appellent *Manava-Dharma-Sastra*, titre qui, pris dans son acception la plus élevée, signifie *Livre des lois du genre humain*.

Ce Code était expliqué, plusieurs siècles avant l'ère chrétienne, dans les écoles de Benarès et du Bengale (1), et de nombreux commentateurs, se succédant d'âge en âge, l'avaient interprété dans toutes ses parties (2).

(1) L'Ecole du Bengale était celle des provinces de l'Est; l'Ecole de Bénarès exerçait son influence dans les provinces de l'Ouest, du Nord et du Sud. L'Ecole de Bénarès ne respectait pas suffisamment le texte de la loi et attachait une importance excessive aux opinions des anciens commentateurs. (*Note de M. Th.*)

(2) Le droit forme l'une des quatorze *grandes* sciences de l'Indoustan. Ces sciences sont :

I. Les quatre *Veda*, notamment *Ric*, *Yejuh*, *Samah*, *Atharvanah*. Chacune de ces Veda forme une science à part; tout brahmane doit connaître au moins l'une des trois premières.

II. Les six *Angas*, ou sciences servant à l'interprétation des Veda, notamment :

1. Les prescriptions établies pour la conservation des textes des Veda;
2. La grammaire des différents dialectes des Veda;
3. La prosodie;
4. Le commentaire des textes;
5. L'astronomie, principalement pour la connaissance du calendrier qui établit les jours de fêtes;
6. La liturgie, ou science des cérémonies prescrites par les Veda.

III. Les quatre autres *grandes* sciences sont :

1. *Ferca-Sastra*, la logique :
2. *Mimansa*, ou science des rites et des cérémonies. Elle a six écoles, à chacune desquelles appartient un brahmane.

Cependant, à côté du *Dharma-Sastra*, existent d'autres recueils de lois connus sous le nom de *Smriti* (Institutes). Le plus important de ces recueils est le Code *Yājnavalkya*, dont la rédaction semble devoir être fixée au Ier siècle de notre ère (1).

Tels sont les éléments que M. Thonissen a pris pour guide dans ses études sur l'Inde. Dans le plan qu'il s'était tracé, il n'avait à s'occuper ni des coutumes établies plus tard par les Musulmans, ni des lois introduites de nos jours par les conquérants européens de l'Inde.

Comme tous les monuments littéraires d'une haute antiquité, le *Manava-Dharma-Sastra* soulève certains problèmes qui divisent les savants : ce Code est-il l'œuvre d'un législateur unique appelé Manou ou Mana? A quelle époque a-t-il été rédigé? Le texte que nous possédons est-il le texte primitif?

M. Thonissen n'a pas cru devoir aborder ces problèmes. Il les abandonne aux orientalistes.

Je crois qu'il est permis, sans trop s'aventurer, d'émettre les considérations suivantes :

Mana, d'abord, n'est pas un personnage historique, un homme déterminé; c'est l'homme *in abstracto*, l'homme *primitif*, l'homme *sage*, inspiré de Dieu, qui règle les choses de ce monde et les rapports de l'homme avec la Divinité (2). C'est le *Ménès* des Egyptiens, le *Minos* des Crétois, le *Man* ou *Mannus* des Celtes et des Germains.

Ensuite le *Dharma-Sastra* ne représente pas l'état primitif

3. *Puranam*, comprenant le système des Indous sur la Théogonie, l'Ontologie et la Mythologie. Il est composé de dix-huit ouvrages principaux.

4. Enfin *Dharma-Sastra*, ou le droit.

(1) Le texte sanscrit de ce Code, accompagné d'une traduction allemande, a été publié par STENZLER, Berlin, 1849.

(2) Le mot sancrit correspondant à Manou signifie *réflexion*, de la racine *man*, penser.

de l'Inde, il ne remonte pas même à l'époque de l'organisation des castes. D'après les orientalistes les plus estimés, le temps de sa rédaction ne peut être reculé au delà du ve siècle avant l'ère chrétienne. Mais, à ce moment, l'Inde était arrivée déjà à un état de civilisation avancée; sa religion, sa constitution politique et civile, en un mot son *droit* était établi depuis longtemps, et le *Dharma-Sastra* n'en fut que l'*expression matérielle*. On a même soutenu, avec quelque apparence de fondement, qu'il n'est lui-même qu'une compilation de plusieurs recueils *spéciaux* plus anciens et particuliers à certaines parties de l'Inde, dont les dispositions plus ou moins incohérentes avaient besoin d'être *coordonnées*. Une œuvre si compliquée ne peut être attribuée à un homme seul; elle est le résultat de l'expérience et du concours de plusieurs. Il semble d'ailleurs aussi que le texte qui est parvenu jusqu'à nous n'est qu'une faible partie du Code primitif.

Le *Dharma-Sastra* est divisé en douze livres qui traitent successivement :

De la création;

De l'éducation et des castes sacerdotales ;

Du mariage;

Des vertus domestiques;

De la diète, des ablutions et des femmes ;

Des devoirs des anachorètes et des ascètes;

Des devoirs du roi et des guerriers;

Des tribunaux, de la procédure, du droit civil et du droit pénal;

Des devoirs des laboureurs, des marchands et des classes serviles, des devoirs des époux et du droit héréditaire;

Du mélange des classes;

Des pénitences et des sacrifices;

De la migration des âmes, des peines divines et de la félicité éternelle (1).

(1) On sait que le *Dharma-Sastra* a été traduit en anglais par W. Jones : *Institutes of Hindu-Law, or the ordinances of Menu,* Cal-

Les *Études* de M. Thonissen n'embrassent pas, naturellement, toutes les parties du Code indien. La source et les limites du droit de punir ; l'exercice de ce droit, ce qui comprend l'organisation des tribunaux et la procédure ; enfin, les délits et les peines : telles sont les matières sur lesquelles son livre nous fournit des renseignements détaillés et fort intéressants.

Chez les peuples orientaux, le droit et la religion sont intimement liés, le livre de la loi est en même temps le livre de la religion. Toute violation de la loi est une offense envers la divinité d'où émane la loi. La pénalité revêt donc un caractère sacré, la société tout entière est intéressée à la répression, car le courroux de Dieu s'appesantit sur la nation aussi longtemps que le délit n'est pas expié.

C'est le principe de la *vengeance divine*, que nous retrouvons aux temps héroïques, dans la Grèce, aux temps primitifs de Rome et jusqu'au moyen âge chez les peuples modernes.

M. Thonissen s'étonne de trouver « chez le législateur « sacré de l'Inde, cette notion claire et distincte de la lésion « que le délit cause toujours au peuple tout entier, là même « où des intérêts individuels sont seuls directement blessés. »

Cet étonnement n'a pas de raison d'être. Le *Dharma-Sastra* représente un état de civilisation relativement avancé. Il ne peut pas exprimer, dès lors, la *forme primitive de la pénalité*. Dans l'Inde, comme partout ailleurs, les actes de violence contre les personnes ou les propriétés ont constitué primitivement de purs rapports d'individu à individu. Les notions complexes de *délit* et de *peine* ne peuvent naître que quand l'esprit humain a subi le travail de la civilisation. Un peu plus loin, d'ailleurs, M. Thonissen lui-même dit : « Il est « possible que le droit de vengeance ait existé dans l'Inde à

cutta, 1794. L'Allemagne possède la traduction de J.-Ch. Huttner, Weimar, 1797 ; la France, celle de Loiseleur-Deslongchamps, Paris 1830, qui est considérée comme la plus exacte.

« une époque plus reculée, mais il est certain que Manou « n'en parle pas. » Il n'y a donc pas lieu de s'étonner de son silence.

L'exercice du droit de punir est nécessairement un attribut du chef qui représente la divinité. Dans sa résidence, le roi, accompagné de brahmanes et de conseillers, se rend, chaque jour, à la Cour de justice, pour y juger les affaires qui se présentent. S'il ne peut lui-même accomplir cette tâche, il se fait remplacer par un brahmane, assisté de trois assesseurs.

Dans les autres villes et dans les campagnes, le roi institue, partout où il le juge nécessaire, des tribunaux qui administrent la justice en son nom.

Dans l'enfance des peuples, la procédure des tribunaux se rapproche beaucoup de la procédure des pères de famille. Elle est orale et sommaire. Le ministère d'hommes de loi lui est inconnu; les parties comparaissent immédiatement devant les juges. La simplicité des cas à juger rend cette forme suffisante pour les besoins de la nation.

Ce n'est déjà plus cette forme de procéder simple que nous trouvons décrite dans le *Dharma-Sastra*. Le juge y est assisté d'hommes versés dans la science des nombres, d'experts en écriture et dans la science grammaticale. Tout cela suppose des procès plus compliqués.

Les débats sont publics et contradictoires.

L'accusé obtient, s'il le demande, un délai pour réunir les éléments de sa défense et même sa liberté provisoire sous caution.

La preuve testimoniale est admise avec de nombreuses restrictions. La liste des personnes incapables de témoigner en justice est très-longue. Le faux témoignage est puni, à l'exception cependant du cas où le témoin, *par un motif pieux*, a cru devoir cacher la vérité. Les témoins qui ont ainsi menti *pour un motif louable* sont complétement *purifiés de leur péché*, en offrant quelques gâteaux de riz et du lait *à la déesse de*

l'*éloquence*. On voit, observe M. Thonissen, que la théorie du pieux mensonge existait déjà sur les rives du Gange.

Il n'y a pas de trace de la torture préalable dans le Code de Manou.

Quand les témoins font défaut, ou que leurs déclarations sont insuffisantes, le juge a recours au serment, ou aux épreuves par le feu ou par l'eau.

L'épreuve était nécessairement suivie d'un arrêt définitif; mais, en dehors de ce cas, les jugements prononcés par le chef de l'État étaient seuls irrévocables. Si la sentence émanait des brahmanes, le condamné pouvait recourir à la justice du roi. Le droit d'appeler n'était pas subordonné à la condition d'être exercé dans un délai déterminé. Le roi, ministre de la justice divine, devait réparer toutes les iniquités judiciaires qui parvenaient à sa connaissance, quelle que fût l'époque où ses subordonnés les avaient commises.

Le tableau des délits et des peines du *Dharma-Sastra* ne présente rien de particulièrement remarqnable. On y trouve déjà ce qu'on rencontre plus tard dans les législations criminelles de tous les peuples, jusqu'à la fin du XVIIIe siècle : le raffinement dans la cruauté des supplices.

La peine de mort, s'il faut en croire M. Thonissen, joue un rôle relativement modeste, dans le Code indien. Je n'ai pas le moyen de vérifier l'exactitude de cette allégation ; cependant, je me prends à en douter, quand je rencontre, indépendamment de la mort simple consistant dans la décollation par le glaive, *sept genres* de mort *exaspérée* ou *qualifiée*.

Les mutilations corporelles et la marque occupent la place principale. Manou a très-bien exploité le domaine de la pénalité. Il indique avec soin les dix parties du corps qui peuvent être l'objet des mutilations. La marque présente parfois des rapports d'analogie bizarre avec le délit : celui qui a souillé le lit de son père spirituel (c'est-à-dire de son précepteur), reçoit sur le front une marque représentant les parties sexuelles de la femme!

L'emprisonnement, « la peine par excellence des nations civilisées », joue naturellement un rôle tout à fait accessoire dans les Codes anciens. Cette peine présente des difficultés d'exécution que les sociétés primitives sont impuissantes à vaincre. Aussi les prisons dont parle le Code indien sont-elles des espèces d'auges ou de cages *placées sur la voie publique, afin que les criminels, affligés et hideux, soient exposés aux regards de tous.*

Pour compléter le tableau des peines brahmaniques, je dois nommer encore le bannissement, les châtiments corporels (coups de bambou), les amendes et la confiscation générale des biens. Le condamné, qui est hors d'état de payer l'amende, doit s'en libérer par le travail : il devient *esclave de la peine*, à moins qu'il n'appartienne à la classe des brahmanes.

Le roi qui s'approprie les biens confisqués *se souille du crime que le coupable a commis ;* il doit jeter le produit des confiscations dans un fleuve en guise de sacrifice au Dieu des eaux, ou bien en faire don à un brahmane vertueux. Je suppose que ce dernier mode de *restitution* était le plus fréquent.

Il va de soi que toutes ces peines n'étaient pas également applicables à tous les coupables. Suivant la caste à laquelle appartenait le condamné, la peine se modifiait. Les brahmanes notamment n'encouraient, en aucun cas, eussent-ils commis le plus grand crime, ni la peine de mort, ni aucune peine corporelle ; l'amende seule, rarement le bannissement, leur étaient applicables. Le juge avait d'ailleurs un pouvoir très-étendu dans le choix des peines ; la maxime : « sera puni suivant les circonstances et la qualité des personnes » était la base du droit pénal dans l'Inde.

En matière de délits contre les personnes, le Code de Manou avait-il égard à l'élément subjectif du délit, à l'intention criminelle ? Je n'ai rencontré qu'une disposition qui consacre, d'une manière très-explicite, le droit de légitime défense. Il est probable qu'en dehors de ce cas l'intention n'en-

trait pas en ligne de compte, et que le mal matériel seul constituait le délit, qu'il fût causé involontairement ou volontairement. On peut constater cette notion incomplète du délit chez tous les peuples dont nous possédons les traditions primitives.

Dans les légendes de la Grèce, OEdipe devient parricide et inceste, *sans le savoir ;* il ne doit pas moins expier ces crimes *involontaires,* pour détourner de sa patrie le courroux des Dieux. Oreste immole sa mère, pour obéir aux ordres de l'oracle ; les Dieux ne déchaînent pas moins contre lui les furies *vengeresses.* En Egypte, on punissait de mort celui qui tuait même *involontairement* un animal sacré, un ibis, un épervier ou un chat.

En résumé (c'est la réflexion par laquelle M. Thonissen termine le 1er livre de ses *Études*), en tenant compte des temps, des lieux et des hommes au milieu desquels il vivait ; en faisant la part des dogmes religieux et des institutions sociales qu'il devait et qu'il voulait maintenir, on est forcé de reconnaître que le rédacteur des lois criminelles attribuées à Manou a fait preuve d'un génie vaste et puissant, familiarisé de longue main avec les problèmes qui se rattachent à l'art difficile de gouverner les peuples. Tout en partageant, *dans une large mesure,* les préjugés des nations de l'Orient sur l'efficacité des supplices atroces, il manifeste très-souvent, dans quelques parties essentielles du droit de punir, des idées justes et lucides, qu'on ne rencontre pas toujours chez des jurisconsultes beaucoup plus rapprochés de l'ère moderne.

II. Nous ne possédons, sur les institutions de l'Egypte ancienne, que des notions incertaines et fort incomplètes. Aucun monument de la législation de ce pays n'est parvenu jusqu'à nous ; ce que nous en savons nous a été transmis de seconde main, par la Bible et par les historiens grecs, principalement par Hérodote et Diodore de Sicile.

M. Thonissen a recueilli et coordonné tous les renseignements que fournissent les historiens sur le droit criminel de

l'Egypte. Le tableau qu'il nous présente est, malgré ses nombreuses lacunes, plus satisfaisant qu'on n'aurait osé l'espérer en présence de l'exiguté des moyens que l'auteur avait à sa disposition.

Les découvertes faites dans le cours du 19e siècle ont élargi le cercle de nos connaissances générales sur l'Egypte, mais elles n'ont pas profité à l'histoire de la législation ; sur ce point, les manuscrits et les inscriptions sont à peu près complétement muets.

Il existe cependant certain papyrus, découvert récemment, qui se rapporte à un procès de magie jugé sous le règne de Ramsès III. M. Thonissen a soigneusement analysé ce document curieux, dans un des *appendices* de son ouvrage. Le papyrus présente, malheureusement, des lacunes considérables (1).

Je n'insisterai pas davantage sur l'*Etude* consacrée à l'Egypte ; cette partie de l'ouvrage de M. Thonissen a été insérée dans le XIVe volume de la *Revue historique de Droit français et étranger*.

III. La Judée occupe, dans l'histoire du droit, une place bien autrement importante que l'Egypte et que l'Inde. Elle a été, en quelque sorte, l'intermédiaire entre l'Orient et l'Occident. La législation juive, supérieure d'ailleurs sous bien des rapports aux autres lois de l'Orient, a exercé une influence notable sur la jurisprudence criminelle, au moyen âge; bien plus, en matière de magie, de sacrilége, d'inceste, d'attentats aux mœurs, d'usure, de blasphème, les prescriptions du Lévitique et du Deutéronome servaient de base aux décisions des tribunaux dans tous les pays chrétiens.

Cependant, il faut se garder d'exagérer cette influence. Elle n'a été et ne pouvait être que momentanée ; le génie des

(1) Le texte, accompagné d'une traduction et de notes philologiques, a été reproduit par M. F. Chabas, dans son savant ouvrage intitulé : *le Papyrus magique Harris*.

peuples de l'Occident diffère trop essentiellement de celui de la race sémitique, pour qu'elle ait pu être durable.

La source principale et immédiate du droit Mosaïque est le Pentateuque ou livre de Moïse, appelé, par excellence, le *Livre de la Loi*.

Mais la loi de Moïse, adaptée aux rapports simples et peu compliqués d'une société primitive, était devenue, à la longue, insuffisante. A côté d'elle s'était formé, insensiblement, un droit *traditionnel*, résultant de précédents administratifs et judiciaires, de doctrines, de sentences et d'usages, qui, bien que distincts de la loi primitive, trouvaient en elle à la fois leur source et leur sanction.

Ces coutumes traditionnelles furent recueillies, vers le commencement du IIIe siècle de notre ère, par le Dr Iehuda-Kakadosch ou *Juda le Saint*, et forment le livre de la *Mischna* ou *seconde Loi*.

La *Mischna* devint elle-même l'objet de commentaires ou de gloses appelés *Ghemara*. Ces gloses, réunies à la Mischna, forment le *Talmud*.

Les docteurs hébraïsants ne sont pas d'accord sur l'autorité qui doit être accordée à la Mischna. Les uns l'admettent sans contestation; d'autres, particulièrement les commentateurs chrétiens de la Bible, ne lui accordent aucune espèce d'autorité. M. Thonissen pense que ni l'une ni l'autre de ces opinions absolues ne doit être admise. Il y a, sans aucun doute, dans la Mischna, bien des pages sérieusement discutables, mais il n'est pas possible de rejeter absolument, comme dénué de toute autorité, un Code composé en Palestine même, accepté par les docteurs et expliqué dans les écoles et dans les synagogues.

Quant à la Ghemara, elle ne doit être consultée qu'avec une grande circonspection, car les assertions hasardées et contradictoires y fourmillent.

Comme dans l'Inde et en Egypte, l'exercice du droit de punir était, chez les Juifs, une délégation directe de la puis-

sance divine. Dieu lui-même, parlant au plus aimé des prophètes, formule les préceptes de la loi, définit les délits et détermine les peines.

La répression ne s'appuie pas sur une base unique. Les textes de la Bible assignent pour but à la peine, tantôt l'expiation du mal par un mal analogue (*talion*), tantôt le rétablissement de l'équilibre moral dérangé par le délit, tantôt la nécessité de l'exemple pour détourner du crime, tantôt enfin la simple réparation du dommage matériel, *la composition*.

Nous y rencontrons ces belles maximes :

La peine doit être avant tout *personnelle*, elle ne doit pas frapper directement la famille du condamné.

Il faut soigneusement éviter d'attacher à la peine un caractère infamant qui provoque le mépris de la foule et *démoralise le condamné lui-même*.

Le coupable qui se repent et subit sa peine, n'est plus déshonoré, le châtiment l'a purifié.

Les textes bibliques relatifs à l'organisation judiciaire sont incomplets et obscurs, et le Talmud, malgré sa prolixité, ne permet pas toujours de distinguer ce qui appartient à l'histoire, de ce qui doit être relégué dans le domaine de la spéculation.

Les institutions judiciaires, d'ailleurs, ont été modifiées aux différentes phases de l'histoire des Juifs. Aux tribunaux ambulants et mobiles qui rendaient la justice pendant les longues pérégrinations des Hébreux dans le désert, avaient succédé des tribunaux permanents dans les villes de la terre promise, et ces tribunaux eux-mêmes subirent des modifications considérables sous le gouvernement des juges et après l'établissement de la royauté.

M. Thonissen a recueilli avec soin, et en les coordonnant, tous les renseignements que fournissent les sources. Il trace successivement le tableau de l'organisation judiciaire, d'abord *suivant les textes bibliques*, ensuite *suivant les traditions rabbini-*

ques. Je me borne à relever les points qui dominent toute la matière.

Les institutions judiciaires émanées directement de Moïse se réduisent aux proportions suivantes : création de tribunaux sédentaires, composés en majorité d'anciens d'Israël, siégeant aux portes de chaque ville et exerçant à la fois la juridiction civile et la juridiction criminelle; création, au centre politique et religieux du pays, d'un tribunal suprême chargé de *se substituer aux juges locaux*, chaque fois que ceux-ci se *reconnaissent incapables de résoudre les difficultés que présente la cause*.

Ainsi, ce tribunal suprême ne constitue pas une juridiction supérieure chargée de redresser les erreurs des premiers juges. C'est une espèce de tribunal scientifique, dépôt vivant des doctrines et des traditions, auquel on doit recourir comme à la source de toute vérité.

Le grand législateur des Hébreux savait très-bien que les institutions dont il avait doté le peuple grandiraient et se développeraient dans le cours des siècles. Il n'ignorait pas que des besoins nouveaux amèneraient des règlements et des usages, dont ses contemporains ne pouvaient pas présager l'importance. Mais, pour que le désordre ne se glissât pas dans les intelligences, pour que l'unité de doctrine et de mœurs restât toujours le caractère distinctif des descendants de Jacob, pour que les innovations vinssent sans cesse se rattacher à la loi révélée, il fallait, à côté du sanctuaire, une assemblée de magistrats assez éclairés pour éviter l'erreur, et assez élevés pour commander le respect.

Quant au droit d'appel, il n'en est pas question dans les institutions mosaïques.

A la différence de ce qui existait en Egypte et dans l'Inde brahmanique, où le droit de juger était un attribut du sacerdoce, ou un privilége des classes supérieures, Moïse institue une magistrature populaire. Il prend les juges dans tout le peuple et il leur dit : « Recherchez ardemment la justice, ne

vous détournez ni à droite ni à gauche, et écoutez de la même manière le petit et le grand, le puissant et le faible, l'indigène et l'étranger. »

La procédure criminelle de l'âge mosaïque se résumait, sans aucun doute, dans ces formalités simples qui caractérisent la justice des premiers âges. Les textes du Pentateuque ne contiennent que quelques maximes sur les devoirs des juges et des plaideurs.

Les formalités plus compliquées s'introduisent plus tard. Enumérons quelques règles qui caractérisent avantageusement l'administration de la justice criminelle en Judée :

Le tribunal, pour que la publicité soit plus entière, siége à l'une des portes de la ville, là ou les citoyens ont l'habitude de se réunir pour s'entretenir de leurs affaires. C'est là aussi que se dressent les contrats, qui exigent la présence de témoins et la sanction de l'autorité publique.

L'instruction est orale. Les débats sont contradictoires et le système accusatoire est rigoureusement suivi.

L'accusateur somme son adversaire de comparaître devant les juges. Il expose l'accusation et en produit les preuves. L'accusé doit répondre lui-même aux charges produites contre lui. Le ministère des avocats n'est pas admis devant les tribunaux d'Israël.

Les juges ne se livrent directement à aucune investigation complémentaire ; leur mission se borne à constater la vérité d'après les charges et les moyens de défense produits par les parties.

L'aveu de l'accusé ne doit pas être accueilli comme décisif par lui seul.

La preuve testimoniale est seule admise, sauf deux cas où les juges peuvent déférer le serment à l'accusé, non pour le condamner, mais pour annuler, sur le serment prêté, la poursuite. Les incapacités de déposer sont nombreuses ; les femmes notamment ne sont pas admises à déposer en justice.

Nul ne peut être condamné sur le témoignage d'un seul, il

faut que la charge soit confirmée par la déposition de deux ou trois témoins.

Au jour fixé, les témoins sont réunis au pied du tribunal. Le président leur rapelle la nature et l'importance du rôle qu'ils ont à remplir, dans un discours dont la Mischna nous a conservé le type :

« Nous ne vous demandons, dit-il, *ni des conjectures, ni « ce que vous pouvez avoir appris par la bouche d'un autre homme, « quel qu'il soit.* Songez que vous êtes sous le poids d'une « grande responsabilité. Rappelez-vous que les causes capi- « tales ne ressemblent pas aux affaires d'argent, où l'argent « peut effacer le péché en réparant les conséquences du faux « témoignage. Si vous faisiez mourir un innocent, son sang « et celui de toute sa postérité retomberait sur vos têtes. »

Après cette admonition, les témoins sont entendus séparément, en présence des parties et du public, mais *sans prestation de serment.* Après chaque déposition, l'accusé peut répondre à ce qui a été dit contre lui, et pour que l'exercice de ce droit ne devienne pas illusoire, *la lecture de toute déposition écrite est sévérement prohibée.* C'est de la bouche et non de l'écriture, dit la Mischna, que doit jaillir la vérité.

Les sentences, autres que les condamnations capitales, sont prononcées sur-le-champ. Les dernières, pour devenir définitives, doivent être confirmées dans une délibération nouvelle.

La peine, une fois prononcée, est immédiatement exécutée. Les juges, néanmoins, peuvent revoquer leur sentence, si, au moment suprême, de nouveaux moyens de défense, que *tout citoyen était sommé de produire*, viennent leur prouver qu'ils se sont trompés. Un héraut, marchant à la tête du cortége, criait à haute voix : « Cet homme N., fils de N., s'avance pour subir telle peine. Les témoins du crime sont N. et N. Que celui qui prétend que cet homme est innocent s'avance et expose ses raisons.» L'accusé lui-même quand il prétendait avoir trouvé de nouveaux moyens de justification, pouvait se faire

ramener devant ses juges, jusqu'à cinq fois, pourvu que ses paroles offrissent un caractère tant soit peu sérieux.

Telle était la procédure, assurément fort remarquable, des tribunaux de la Judée. On n'y rencontre, comme on voit, ni la torture, ni les épreuves ou jugements de Dieu.

Cependant, à côté de cette procédure *ordinaire*, il existait, pour quelques cas déterminés, une forme de procéder tout à fait sommaire, qui ne comportait pas même les courts délais de ce que les Américains de nos jours appellent la *justice de Lynch*.

Les *témoins* de certaines infractions, transformés par la loi en agents de la *justice* nationale, se ruaient sur le coupable et, sans autre forme de procès, le lapidaient ou le perçaient de leurs glaives. C'est ce qu'on appelait *les jugements de zèle*. Il en était ainsi pour le vol sacrilége, pour l'union *publique* avec une femme idolâtre et pour le *blasphème proféré contre Dieu au nom des idoles*. Ces méfaits étaient considérés comme une atteinte directe aux bases de l'ordre social.

Cette exécution sommaire n'était pas, du reste, sans danger. Elle était légitime seulement au moment même de la perpétration du crime. Une fois le crime consommé, le *zélateur* devait s'abstenir, sous peine de mort, et il subissait le même sort, si, égaré par des indices trompeurs, il portait la main sur un innocent.

Ces *jugements de zèle* ont existé de tout temps, en Judée. Moïse descendant du Sinaï, et apercevant le veau d'or, s'écrie : « Que chaque homme prenne son glaive; qu'il passe et repasse à travers le camp et que chacun tue son frère, son ami et celui qui lui est le plus proche, (*Exode*, XXXII, 27) » et 3,000 idolâtres (le texte dit 23,000 environ) furent tués ce jour-là.

Selon la Mischna, il existait, chez les Juifs, quatre supplices capitaux :

La *lapidation*, réputée la plus rigoureuse des peines, frappait l'inceste avec la mère, l'épouse du père ou la bru, le

commerce illicite avec la fiancée d'autrui, la sodomie, la bestialité, le culte des idoles, l'excitation à l'idolâtrie, la magie, le blasphème, la profanation du Sabbath.

Le *supplice du feu* (exécuté en versant du plomb fondu dans la bouche du condamné), applicable à celui qui commet un inceste avec ses propres enfants ou ses alliés en ligne directe.

La *décapitation*, pour les meurtriers et les renégats.

L'*étranglement*, appliqué aux autres crimes capitaux pour lesquels Moïse n'avait pas désigné un autre genre de supplice, faux prophètes, adultère, séduction de la fille d'un prêtre, etc.

On s'étonnera peut-être de ne pas rencontrer parmi les peines capitales le *supplice de la croix*. Les textes parlent de la *suspension à un poteau élevé* du *cadavre* de certains condamnés ; c'était une peine *accessoire* de la lapidation. Mais le supplice de la croix était-il admis comme peine *principale* de certains crimes, dans le Pentateuque ? C'est une question vivement controversée. M. Thonissen tient pour la négative, qui est aussi enseignée dans la Mischna. Le supplice de la croix, introduit en Judée dès avant la condamnation du Rédempteur, était d'origine étrangère, comme plusieurs autres peines capitales qui se trouvent mentionnées dans la Bible ; la fosse aux lions, par exemple, était une peine assyrienne.

Aux peines capitales se rattache une autre peine, sur le sens de laquelle les commentateurs ne sont pas d'accord, le *Kerith* ou *retranchement*, qui figure dans les textes bibliques sous l'une de ces deux formules : *il sera retranché du milieu de son peuple*, ou bien : *son âme sera retranchée du milieu d'Israël.*

Est-ce un euphémisme pour désigner la peine capitale comme celui qu'employaient certaines coutumes européennes, dans la formule : *il appartiendra corps et biens au roi;* ou bien est-ce une simple menace de mort prématurée, survenant, par la volonté divine, avant le terme naturel ? C'est un point controversé entre les Talmudistes et les commentateurs chré-

tiens de la Bible. M. Thonissen, d'accord avec les Talmudistes, admet cette dernière interprétation.

Le *talion* est désigné dans les textes du Pentateuque par une formule souvent reproduite : *œil pour œil, dent pour dent*, etc. Le sens de ce texte a également soulevé de vives controverses. Doit-il être pris à la lettre, ou bien est-ce une simple indication de mesure, une base d'évaluation du montant des dommages ? Je crois, avec M. Thonissen, que la dernière interprétation doit seule être admise.

La *mutilation*, si affreusement variée et prodiguée dans les autres codes de l'Orient, ne figure qu'une seule fois dans les textes du Pentateuque. Moïse fait abattre la main de la femme, qui, pour tirer son mari des mains d'un individu plus fort que lui, avec lequel il est en lutte, *miserit manum et apprehenderit verenda ejus*. (Deuteron, xxv, 11 et 12). Quelle disposition bizarre ! Puisque le fait est prévu, il faut bien admettre que les femmes juives recouraient fréquemment à ce moyen de défense.

La peine de la *flagellation* était assez fréquente. Le nombre des coups était déterminé « suivant la qualité de la faute », mais il ne pouvait, en aucun cas, excéder le chiffre de quarante.

L'*emprisonnement* figure dans le livre de Moïse, comme moyen d'empêcher les prévenus de se soustraire, par la fuite, au châtiment. A-t-il été admis, plus tard, à titre de peine ? Cela est douteux.

Les *peines pécuniaires* apparaissent sous des formes diverses. On y voit figurer la perte de la propriété mobiliaire qui a été l'objet ou la cause (p. ex. un animal) du délit; la rançon et l'amende. Quant à la confiscation générale des biens, le droit national des Juifs ne la connaissait pas.

L'*obligation de résider* dans une des six villes de refuge jusqu'à la mort du grand prêtre est la peine de l'homicide involontaire.

Le *bannissement* figure aussi dans quelques textes de la Bi-

ble, mais c'est une peine d'origine étrangère ; le Pentateuque n'en parle pas.

Il faut ajouter que, jusqu'au règne de Salomon, la *vengeance du sang* était admise pour le meurtre. Le plus proche parent de la victime, s'il ne voulait pas recourir aux tribunaux, pouvait impunément tuer le meurtrier ; il était le messager de la justice, le vengeur du sang, le *Goël*. Dans une dissertation spéciale qui fait partie des *appendices*, M. Thonissen donne des renseignements complets et fort intéressants sur le *Goël* et le droit d'asile dans les *villes de refuge*.

Enfin, pour les délits contre les propriétés, la *composition* était admise. L'accord entre les parties sur le montant de la réparation arrêtait les poursuites.

A la suite du 3e livre de ses *Etudes*, M. Thonissen a placé une série d'*appendices*, qui ne sont pas la partie la moins intéressante de son ouvrage. Sauf un seul relatif à l'Egypte, dont j'ai déjà parlé, ces appendices, au nombre de 18, se rapportent tous à la législation de la Judée. Il ne servirait à rien d'en reproduire ici les titres, je dois cependant signaler spécialement à l'attention du lecteur celui qui porte la lettre A. M. Thonissen y a réuni tous les textes *mosaïques* relatifs aux délits et aux peines, et il a donné à ce travail le titre, bien légitime, de *Code pénal extrait du Pentateuque ;* c'est, à la fois, la source et la justification de l'œuvre principale. Ces textes, accompagnés d'un commentaire et de notes, forment six chapitres, dans lesquels les délits sont rangés dans un ordre méthodique : *délits contre la religion, contre l'autorité publique, contre les parents, contre les mœurs, contre les personnes, contre les propriétés.*

S'il fallait signaler la partie la plus remarquable de l'ouvrage de M. Thonissen, notre choix se porterait sans hésitation sur la 3e *Etude* consacrée à la Judée ; c'est aussi la partie la plus considérable, elle occupe le dernier quart du 1er volume et le second volume tout entier.

Ce n'est pas une *Histoire du droit criminel* des peuples de

l'Orient que M. Thonissen a entendu écrire ; ce sont, comme il le dit, des Etudes pour servir à la composition de cette histoire ; le terrain qu'il a exploité est parfaitement déblayé et l'historien futur y trouvera abondamment à glaner.

Mais le travail n'est pas *complet* et nous espérons bien que l'auteur y ajoutera ce qui manque. Sans parler de la Grèce qui se rattache à l'Orient par son histoire primitive, dans l'Orient même il reste d'autres peuples dont les annales judiciaires méritent d'être explorées.

La Chine, avec son Kong-Foutseu (*Confucius*), qui vivait 500 avant l'ère chrétienne ; la Perse qui nous a laissé le *Zend-Avesta* auquel se rattache le nom de *Zoroastre* (Zarathrusta), et dont l'antiquité est plus respectable encore (entre 500 et 1,000 avant J.-C.) ; les livres Boudhiques, contemporains peut-être de ceux de l'Inde ; et enfin, en cherchant bien, peut-être trouverait-on quelque chose sur les institutions des Mèdes, des Assyriens, des Phéniciens.

Tout cela, nous le savons, est plein de difficultés ; mais cette considération n'est pas faite pour arrêter un esprit distingué et ardent au travail. D'ailleurs, ces terrains ne sont pas tout à fait en friche. Les recherches de Staunton et de Renouard de Sainte-Croix sur la Chine ; d'Anquetil-du-Perron, de Sylvestre de Sacy, de Burnouf et de Spiegel sur le Zend-Avesta ; les beaux travaux du même Burnouf sur les livres Boudhiques ; enfin le marquis de Pastoret, dans sa grande *Histoire de la législation*, ont tracé la voie à ceux qui voudront parcourir, après eux, cette intéressante carrière.

G. Nypels,
Professeur à l'Université de Liége.

Paris. Typ. A. Parent, rue Monsieur-le-Prince, 31.

DU CARACTÈRE DE LA NOVATION

EN DROIT ROMAIN.

I

Les institutions civiles sont moins durables qu'il ne semble : s'il en est qui se transmettent d'âge en âge, c'est que d'âge en âge elles se transforment et se renouvellent ; leur perpétuité n'est qu'apparente, et celles qui nous viennent des Romains ne sont pour la plupart romaines que de nom, elles sont au fond toutes modernes et toutes françaises. Telle est en particulier l'institution qui va faire l'objet de cette étude : si la novation compte déjà vingt siècles d'existence, c'est qu'elle a subi, durant cette longue carrière, plus d'un changement, plus d'une transformation. Je ne veux point ici parcourir la série de ces changements successifs, leur histoire serait trop longue à raconter ; je veux seulement en donner une idée générale et sommaire. Il me suffira pour cela de comparer un instant ce qu'était la novation dans l'ancienne Rome et ce qu'elle est devenue aujourd'hui.

Ces différences entre la novation antique et la novation moderne sont d'autant plus intéressantes à constater qu'elles sont moins apparentes, et qu'il faut pour les découvrir une observation plus attentive. Les législateurs ne les ont pas marquées dans leurs codes, et les jurisconsultes eux-mêmes ne les ont pas toujours aperçues. Si l'on s'en tient aux apparences, si l'on juge des choses par leurs noms, la novation du droit moderne ne diffère guère de la novation du temps de Cicéron et de Gaïus ; ce sont les mêmes dénominations, les mêmes définitions, les mêmes distinctions, les mêmes formules, qui se sont transmises de siècle

en siècle depuis les prudents de Rome jusqu'aux glossateurs, et depuis les glossateurs jusqu'à nous.

Mais, si les noms et les formules sont restés les mêmes, les choses ont changé. Il en est souvent ainsi dans la science du droit, et il n'en saurait être autrement : la langue juridique est fixe et bornée, les faits juridiques sont innombrables et toujours changeants. Souvent prise au dépourvu en présence de faits nouveaux qu'elle n'avait pas su prévoir, la science leur applique tant bien que mal de vieilles dénominations et de vieilles formules qui n'étaient point faites pour eux. Parmi toutes ces expressions d'origine romaine qui ont passé dans notre droit, combien n'en est-il pas qui ressemblent aujourd'hui à d'anciennes étiquettes laissées par mégarde sur des vases dont on a renouvelé le contenu !

Le mot de novation est une de ces étiquettes trompeuses. En voyant ce mot inscrit dans nos codes comme dans ceux de Justinien, on s'imagine volontiers qu'il désigne dans les deux législations une institution identique, et que c'est l'ancienne novation romaine, dépouillée seulement de quelques formes vieillies, qui est venue prendre place dans nos mœurs et dans nos lois. C'est là, à mes yeux, une erreur fondamentale ; mon but principal, dans cet article, est de combattre cette erreur, et les pages qui vont suivre n'auront rien prouvé si elles n'établissent pas que le mot de novation correspond, dans la loi romaine et dans la loi moderne, à deux idées profondément différentes.

Ce que nous appelons novation aujourd'hui, c'est toute espèce de convention par laquelle on éteint une ancienne dette en lui substituant une dette nouvelle. Cette substitution peut revêtir les formes les plus variées : après vous avoir vendu ma maison pour un certain prix, je puis convenir avec vous que, au lieu de vous la vendre, je vais

l'échanger contre la vôtre, ou vous la louer, ou vous la donner; en un mot, on peut concevoir autant de variétés de novations qu'il y a de variétés de contrats. Cette espèce d'échange d'une obligation ancienne contre une nouvelle n'était point inconnue des Romains, et le Digeste nous en fournit plus d'un exemple : nous y voyons un contrat de dépôt converti en un contrat de prêt, un contrat de louage transformé en un pacte de précaire, une première vente remplacée par une seconde faite à un prix différent (1); rien ne nous empêche d'imaginer quantité d'opérations analogues, et nous arriverons ainsi à cette conclusion générale que, chez les Romains tout comme chez nous, il y avait autant de manières diverses de transformer une obligation préexistante qu'il y avait de manières diverses de contracter.

Mais entre la loi romaine et la nôtre, voici quelle est la différence. Chez nous, chacun de ces actes, où l'on remplace un contrat par un autre, constitue, de l'aveu de tous, une novation proprement dite; chez les Romains, au contraire, jamais aucun de ces actes n'a été qualifié de novation, jamais les règles de la novation ne lui ont été appliquées. Allons plus loin : jamais il n'est venu à la pensée des jurisconsultes romains de grouper ces divers actes sous un nom particulier, en une place à part, et d'en faire l'objet d'une théorie spéciale; ils ne l'ont point fait, ils ne devaient pas le faire, et je vais essayer de montrer pourquoi.

Soumettez l'un de ces actes à une analyse attentive; qu'apercevez-vous? L'opération se décompose, deux faits juridiques s'en dégagent, ils se séparent, ils s'isolent, et l'amalgame qu'ils formaient tout à l'heure, le fait com-

(1) L. 9, § 9, D. *de R. C.*, XII, 1; — L. 2, D. *de resc. vend.*, XVIII, 5; — L. 10, D. *de adq. poss.*, XLI, 2.

plexe que vous appeliez novation, a complétement disparu.

Pour mieux le faire comprendre, reprenons un des exemples que je citais plus haut. C'est une vente que nous avions conclue et que nous venons de transformer en une vente nouvelle, en subtituant au prix convenu d'abord un prix plus élevé. Qu'avons-nous fait? Les jurisconsultes romains nous le disent avec leur précision habituelle : nous avons fait deux actes juridiques au lieu d'un, et deux actes qui sont tout à fait indépendants l'un de l'autre, car chacun des deux se suffit à lui-même et vaut par lui seul : le premier est une résiliation de vente *mutuo dissensu*, le second est un contrat de vente ordinaire : « discessimus a « priore emtione..., atque ita consistit posterior emtio « quasi nulla præcesserit » (1). Cela ne serait-il pas de toute évidence si le premier acte et le second s'étaient accomplis séparément et à quelques jours d'intervalle? Or qu'ils aient été faits le même jour, à la même heure, qu'ils soient enregistrés dans le même écrit, ce ne sont là que des circonstances matérielles auxquelles on ne saurait attribuer aucune influence juridique; bien que, en fait, rapprochés l'un de l'autre, confondus l'un dans l'autre, nos deux actes n'en demeurent pas moins, en droit, distincts et séparés (2).

(1) L. 2, D. *de resc. vend.*, XVIII, 5.

(2) Il en est de même dans le cas où je veux vous *prêter* des deniers que vous me deviez déjà à un autre titre (comme dépositaire, mandataire, etc.). On ne prête des deniers qu'en les livrant, qu'en les comptant, et pour que je puisse vous compter des deniers qui sont déjà entre vos mains, il faut qu'au préalable vous me les ayez rendus. L'opération suppose donc une double tradition, et c'est ce que nous dit le jurisconsulte: « Videtur mihi data pecunia et a me « ad te profecta » (L. 15, D. *de R. C.*, XII, 1. — Pellat, *textes ch.*, p. 92). Or ces deux traditions constituent chacune un acte distinct et qui se suffit à lui-même : la première est un payement,

Je prévois une objection : entre ces deux actes, dira-t-on peut-être, il y a plus qu'un simple rapprochement, qu'un simple contact matériel, il y a un lien moral, un lien juridique, qui est la volonté même des parties contractantes. Elles n'ont voulu se départir de leur première obligation que pour la remplacer par la seconde, elles n'ont voulu contracter la seconde que pour la substituer à la première. Leur volonté est indivisible et l'acte qui en émane doit être indivisible comme elle. Il en est de cet acte comme d'un contrat synallagmatique : on ne saurait le décomposer sans l'anéantir, car les deux éléments qui le composent ne peuvent pas plus exister l'un sans l'autre que, dans un château de cartes, la carte inclinée ne se peut soutenir sans celle qui lui sert d'appui. Si, en vous faisant remise de votre dette, je vous fais souscrire en même temps un engagement nouveau, cet engagement est l'équivalent et comme le prix de ma remise ; s'il est nul, la remise devient sans cause, elle s'efface, et l'ancienne dette reparaît.

Que cette thèse puisse triompher dans le domaine du pur droit naturel, c'est possible, mais ce qui est certain, c'est qu'elle est insoutenable sur le terrain de la loi romaine. Cette loi n'a pas, comme la nôtre, ouvert un champ indéfini à la liberté des transactions privées ; elle

la seconde un prêt ordinaire. Si ces deux traditions étaient séparées matériellement, si, reprenant d'une main les deniers déposés chez vous, je vous les avais rendus de l'autre à titre de prêt, la séparation serait évidente ; elle n'est pas moins réelle et moins complète, si, supprimant cette double remise de main en main, qui ne serait qu'un jeu d'enfant, nous accomplissons les deux traditions par un simple acte de volonté. Ces traditions n'ont point pour cela changé de nature, et si en fait nous n'avons plus qu'un acte unique, en droit nous avons toujours deux actes indépendants et isolés.

a limité le nombre des actes juridiques, elle en a précisé les formes, elle a, pour ainsi dire, donné à chacun d'eux une individualité distincte, et il n'est pas au pouvoir des parties de les combiner et de les confondre pour en créer de nouveaux. Quand j'ai remis sa dette à mon débiteur pour lui imposer en échange un nouvel engagement, quand j'ai dissous une première vente pour contracter en échange une vente nouvelle, j'ai rapproché dans une même opération deux actes juridiques, je ne les ai point confondus. Ces deux actes n'ont pas besoin de s'appuyer l'un sur l'autre, car chacun d'eux a son fondement dans la loi qui l'a consacré. Que l'un tombe, l'autre demeurera debout; que la seconde vente soit déclarée nulle, la première n'en restera pas moins dissoute. « Ita « consistit posterior emtio quasi nulla præcesserit, » dit la loi romaine; et nous pouvons ajouter : « Ita resolvitur « prior emtio quasi nulla secutura fuerit. » Chacun des deux actes est traité juridiquement comme s'il était seul ; leur assemblage est un simple fait ; il ne saurait donc constituer une novation ni rien qui y ressemble, car il n'existe qu'en fait ; en droit, il n'existe point et ne saurait exister (1).

C'est donc ailleurs qu'il nous faut chercher la novation du droit romain, car elle est au nombre de ces actes auxquels la loi a conféré, avec un nom spécial, une forme précise

(1) L. 2, D. *de resc. vend.*, XVIII, 5.— Il se peut que les parties n'aient dissous la première vente que sous la *condition* formelle qu'elles contracteraient la seconde. Mais ici encore les deux actes demeurent tout aussi distincts que le seraient, dans un contrat fait sous la condition de l'arrivée d'un navire, le fait de l'arrivée du navire et le contrat lui-même. Voyez aussi L. 9, D. *præscr. verb.*, XIX, 5 : « Ob eam causam accepto liberatus ut nomen Titii de- « bitoris delegaret, si fidem contractus non impleat..., *non vetus* « *obligatio restaurabitur*, sed promissa præstabitur, aut condem- « natio sequetur

et une individualité distincte. Stipuler ce qui est déjà dû, voilà la novation romaine. Essayez d'appliquer à cet acte les procédés d'analyse que nous venons d'employer tout à l'heure, vous ne parviendrez jamais à le décomposer en deux actes différents. Direz-vous qu'ici encore, en stipulant de vous ce que vous me deviez déjà, j'ai voulu deux choses au lieu d'une, vous libérer d'abord et vous obliger ensuite, et que j'ai fait ainsi deux actes juridiques au lieu d'un? Ce serait une erreur grossière, car ma volonté de vous libérer, prise isolément et réduite à elle-même, ne saurait avoir, en droit romain, aucun effet civil; si elle est efficace, c'est qu'elle a revêtu la forme d'une stipulation; l'acte qui vous oblige, la stipulation, est donc ici l'acte même qui vous libère; il y a sans doute deux effets distincts, mais ces deux effets sont inséparables, car c'est un seul et même acte qui les produit.

Cet acte, c'est la stipulation; c'est la formule sacramentelle, puissante à la fois pour créer les obligations et pour les détruire. Si nous voulons, en effet, nous faire une juste idée de la novation romaine, nous ne devons pas oublier que nous sommes ici sous l'empire d'une loi où la forme emporte le fond : aux yeux d'une telle loi, une obligation qui a changé de forme est une obligation renouvelée, et la novation n'est qu'une *transformation* dans le sens littéral du mot. Or le but principal de la stipulation, dans cette jurisprudence formaliste, c'était précisément d'imprimer à un rapport obligatoire quelconque une forme régulière et nettement arrêtée : toute obligation perdait sa forme en entrant dans le moule de la stipulation, elle en sortait avec une forme nouvelle. Il y avait donc deux effets produits, mais deux effets inséparables et qui ne se peuvent concevoir l'un sans l'autre, car on ne peut concevoir qu'une obligation

revête une forme nouvelle sans dépouiller par cela même la forme qu'elle avait auparavant.

Si tel était le caractère essentiel de la novation romaine, et j'espère parvenir à le démontrer, on comprend qu'une institution semblable ne saurait trouver place dans une législation civile comme la nôtre : il ne peut y avoir de *transformation* d'obligation, là où les obligations n'ont aucune *forme* déterminée ; que, chez nous, une convention verbale soit reproduite dans un écrit, qu'une convention écrite soit répétée verbalement, ce n'en est pas moins toujours la même convention, car le fond n'a pas changé et la forme est indifférente. La novation romaine ne se peut concevoir qu'avec un régime où c'est dans la forme même des contrats que réside leur force obligatoire ; elle ne se peut concevoir qu'avec la stipulation. Aussi ces deux institutions inséparables ont-elles subi le même sort : toutes deux sont tombées avec les derniers débris du vieux formalisme quiritaire ; toutes deux ont disparu sans retour. Le mot de novation, il est vrai, a passé dans nos codes ; celui de stipulation aussi. Mais il ne faut pas se payer de mots et être dupe des apparences : ce que ces deux noms désignent aujourd'hui n'a rien de commun avec ce qu'ils désignaient autrefois.

Je demande donc au lecteur, qui consent à me suivre dans ces recherches, de vouloir bien tout d'abord chasser de son esprit toutes les idées sur la novation que la connaissance du droit moderne lui a rendues familières, et d'aborder cette étude avec la même absence de notions préconçues que s'il s'agissait de la *capitis minutio* ou de toute autre institution dont le nom même aurait disparu.

II.

Puisque le caractère distinctif de la novation romaine est dans sa forme spéciale, c'est cette forme que nous devons examiner tout d'abord. Qu'était-ce que la stipulation ? C'était une double formule, « interrogatio et responsio « congruæ » : telle est la réponse ordinaire. Mais cette réponse ne saurait nous suffire. A quoi servait la stipulation dans le commerce et dans les rapports de la vie civile ? Quels pouvaient en être le but et l'emploi ? Voilà ce qu'il nous faut savoir.

La question n'est point oiseuse et pourrait tout d'abord paraître embarrassante. D'un côté, la stipulation était assurément le plus usité de tous les contrats ; d'autre part, il est impossible, à première vue, d'apercevoir à quel usage on pouvait l'appliquer.

Tous les autres contrats (1) s'expliquent d'eux-mêmes, ils répondent à autant de besoins bien connus de la vie sociale, et il suffit de les nommer pour faire comprendre aussitôt quel est le mobile qui a pu animer chacun des contractants. Si j'emprunte, si je vends, si j'achète, si je donne un champ à ferme ou que je prenne une maison à bail, personne ne se demandera pourquoi j'ai conclu un contrat semblable et pour quelle cause je me suis ainsi obligé : mon obligation a sa cause toute naturelle dans l'utilité évidente qu'un tel contrat me procure ; on peut dire, avec les jurisconsultes romains (2), que mon obligation est *naturelle* en même temps

(1) Je demande la permission de laisser de côté pour le moment le contrat *litteris*, sauf à y revenir une autre fois.

(2) C'est dans ce sens que Paul, par exemple, dit, en parlant d'un prêt suivi d'une stipulation : « Non est recessum a *naturali* « obligatione. » L. 126, § 2, D. *de V. O.*, XLV, 1. Voyez aussi L. 1, D. *locati*, XIX, 2. — Machelard, *Obl. naturelles*, p. 5.

que légale, car elle est commandée par la nature même des choses en même temps qu'elle est consacrée par la loi. Il en est tout autrement de la stipulation. Si quelqu'un vient me dire : « Me promettez-vous de me donner cent mille sesterces ? » et que je lui réponde : « Je vous le promets », chacun sera en droit de demander pourquoi j'ai fait une telle promesse, et l'on aura beau interroger à cet égard la formule de la stipulation, la question demeurera sans réponse. Tout ce que vous diront les jurisconsultes romains, c'est que je suis obligé parce que j'ai prononcé correctement une certaine formule : « *Verbis* obligatio facta est ». Quant à un but pratique, une cause naturelle quelconque, il n'est rien dans le contrat qui les fasse soupçonner.

Qu'est-ce donc que ce contrat, qui ne se rattache par aucun lien apparent aux intérêts réels de la vie sociale, et qui semble flotter dans le vide comme une vaine abstraction ? N'est-ce qu'une fiction des théoriciens, une sorte d'expression algébrique inventée pour la commodité des raisonnements ? Loin de là, la stipulation était le plus usité de tous les contrats ; elle était d'un usage si fréquent, si universel, qu'il n'est pas de contrat, dans les sociétés modernes, qui puisse nous en donner une idée (1). Ce n'est pas encore dire assez, et j'irais volontiers jusqu'à affirmer, avec M. Accarias (2), que, chez les Romains, la stipulation était la règle, et que les autres manières de contracter n'étaient que l'exception. Et que l'on ne soit pas surpris si celui de tous les contrats qui est le moins pratique en apparence, était en réalité le plus pratiqué : car je vais

(1) L'on peut s'en convaincre en parcourant le recueil de Brisson, *de Formulis*, VI, 158-193. Voyez aussi Spangenberg, *Tabulæ neg. sol.*, n. 22, 23, 26, 28, 29, 34, 38, etc.

(2) *Contrats innommés*, page 10.

essayer de montrer que ce caractère abstrait de la stipulation, qui semblait au premier abord l'exclure de la pratique, en faisait au contraire l'instrument de commerce le plus commode et le plus précieux.

Voici un créancier qui se présente devant le juge. Il n'a pas stipulé, je le suppose, et sa créance est une de ces créances *naturelles* dont je parlais tout à l'heure. Or une créance *naturelle* ne peut se concevoir abstraction faite de la cause naturelle d'où elle émane ; on ne peut, pour ainsi dire, la détacher du contrat où elle a pris racine, on ne peut la soumettre au juge sans lui soumettre par là même le contrat tout entier. Que va-t-il en résulter? C'est que notre créancier ne pourra gagner son procès qu'à deux conditions. En premier lieu, il devra indiquer la cause naturelle de sa créance et prouver cette cause. Est-ce une somme prêtée qu'il réclame, il lui faudra prouver la numération des deniers à l'emprunteur ; est-ce un prix de vente, il lui faudra prouver l'existence de la marchandise ; est-ce un reliquat de compte à la suite d'une société, d'un mandat, d'une gestion d'affaires, ce sont tous les détails de la gestion qu'il aura à prouver. Ce n'est pas tout; il devra, en second lieu, s'il veut obtenir l'exécution du contrat à son profit, exécuter lui-même de son côté les obligations que le contrat lui impose ; il ne pourra demander compte de leurs recouvrements au gérant ou au mandataire sans leur tenir compte de leurs déboursés ; il ne pourra réclamer le paiement du prix de vente sans livrer d'abord la marchandise et sans déduire du prix convenu les indemnités dont il peut se trouver redevable envers l'acheteur (1). De tout cela, en résumé, que faut-il conclure? c'est que ces liens indissolubles qui

(1) Gaïus, IV, 61 ; — § 39, J. *de act.*, IV, 6 ; — LL. 13 § 8, 25, D. *de act. emti*, XIX, 1.

rattachent une créance à sa cause naturelle, seront autant d'entraves pour le créancier dans la poursuite de son droit.

Mais pour se débarrasser de ces entraves, le créancier a un moyen, et ce moyen bien simple, c'est précisément la stipulation. Il échangera avec son débiteur les paroles consacrées : « Mille mihi dare spondesne ? Spondeo »; et aussitôt, par la puissance de la stipulation, la créance sera détachée de sa cause naturelle. Désormais renfermée dans le cercle étroit et inflexible d'une formule, séparée de tous les rapports juridiques plus ou moins incertains et compliqués au sein desquels elle avait pris naissance, la créance aura acquis ces caractères de simplicité, de certitude et de précision qui sont si précieux dans le commerce. Désormais le créancier n'aura plus à craindre ni déductions ni décomptes; il n'aura plus besoin, pour faire valoir son droit, d'en justifier l'origine : qu'il y ait eu, avant la stipulation, vente, mandat, société, peu importe; une fois stipulée, la somme due n'est plus un prix de vente ni un reliquat de compte, valeurs toujours incertaines et que le juge n'aurait pu fixer qu'en tenant compte de toutes les circonstances auxquelles se rattachait l'obligation; ce qui est dû, c'est cent, c'est mille, c'est une quantité abstraite et par conséquent invariable, et l'on peut dire, en faisant abstraction des chances d'insolvabilité du débiteur, que le créancier, une fois nanti du billet qui constate la stipulation, a dans les mains une valeur presque aussi certaine que s'il tenait de l'argent comptant.

Pour comprendre mieux encore toute la puissance de la stipulation, il faut remonter jusqu'à son origine et jeter un coup d'œil sur ces temps obscurs où le droit romain commençait à se former. On se fait souvent une fausse idée des législations primitives. On s'imagine volontiers

que les sociétés humaines, dans l'ignorance et la simplicité des premiers âges, n'ont pris pour guides que la nature et l'équité, et que ces contrats *naturels*, dont je parlais tout à l'heure, sont les premiers qu'elles aient connus. Mais cette conception *a priori* est tout juste le contrepied de ce que l'histoire nous enseigne. Les peuples, dans leurs lois, finissent par l'équité, ils ne commencent jamais par elle. Le premier besoin qu'ils éprouvent, lorsque tous les rapports sociaux sont encore désordonnés et confondus, c'est celui de règles fixes et précises. Or, pour donner aux actes de la vie civile ce caractère de précision, il n'y a que deux procédés possibles : l'un consiste dans une théorie savante, qui, étudiant tous ces actes tels qu'ils se présentent dans la vie réelle avec leurs complications innombrables et leur infinie variété, parvient à déterminer et à définir chacun d'eux suivant sa forme naturelle. Mais cette théorie est le but suprême de la science, et ce n'est qu'après de longs siècles d'efforts que les jurisconsultes romains eux-mêmes ont pu, je ne dis pas y atteindre, mais en approcher. Il est un procédé plus simple et plus grossier pour les législations naissantes : elles créent un certain nombre de rites et de formules et refusent leur sanction à tout acte qui n'a pas revêtu les formes consacrées. Ainsi procéda le droit romain à l'origine : pour prévenir tout arbitraire dans l'administration de la justice, il établit deux séries de formules, l'une pour les contrats, l'autre pour les procès, et, durant de longs siècles, toute l'activité des jurisconsultes et des préteurs n'eut pour but que d'élaborer et de perfectionner ce double formulaire (1). Ce système était combiné de façon

(1) Cicéron, *de leg.*, I, 4 : « ... Componere stipulationum et judi« ciorum formulas. » Le mot *actiones* désignait indistinctement, dans le principe, ces deux classes de formules : les *actiones Hosti-*

qu'un créancier ne pût soumettre son droit à l'examen du juge qu'après l'avoir deux fois précisé et réduit en formule, la première fois en contractant, la seconde en posant ses conclusions au début du procès ; et la plus étroite connexité, la plus exacte concordance reliait entre elles ces deux formules, car la seconde n'était qu'une répétition et comme un écho de la première. On voit quelle était, dans un tel système, l'utilité de la stipulation : en stipulant, le créancier dictait à son débiteur la formule légale par laquelle celui-ci se condamnait d'avance. Il avait dit en contractant : « Centum mihi dare spon- « desne? » et il répétait en ouvrant l'instance : « Aio te « centum mihi dare oportere » (1). La formule judiciaire n'était, on le voit, qu'un écho de la formule du contrat (2). C'était la stipulation qui conférait le droit d'agir, qui donnait force et vie à la créance (3).

On peut, à cet égard, rapprocher de la stipulation un acte solennel d'un autre genre. Celui qui acquiert la

lianæ (Cicéron, *de orat.*, I, 57), *Manilianæ* (Varron, *de re rustica*, II, 5, 7), *usurpationum* (L. 2, § 36, D. *de O. J.*, I, 2), étaient des formules extrajudiciaires.

(1) Valerius Probus, *de juris not.*, 4.

(2) Gaïus, IV, 53 *in fine* : « Sicut ipsa stipulatio concepta est, « ita et intentio formulæ concipi debet. » — Cfr. Liebe, *Stipulation*, p. 9.

(3) La stipulation tenait lieu de cause naturelle. La formule : « *Centum dare spondesne?* » avait la même efficacité d'après le droit civil que la numération de cent deniers à l'emprunteur d'après le droit des gens. C'est ce que font entendre les jurisconsultes romains quand ils disent : « Stipulatio... pecuniam credi- « tam continet » L. 7, D. *de V. O.*, XLV, 1; L. 3, § 3, D. *ad sc. Maced.*, XIV, 6. Bien des auteurs, forçant le sens de ces textes, en ont induit que la stipulation était un prêt fictif et dérivait du *nexum* : c'est une conjecture peu vraisemblable, car la stipulation est au moins aussi ancienne que le *nexum* (Huschke, *Nexum*, p. 99 sqq.), et comme elle s'explique fort bien par elle-même, il ne faut pas recourir à des fictions pour l'expliquer.

propriété par mancipation, comme celui qui stipule, prononce une formule sacramentelle, et cette formule lui confère par elle-même l'action en justice, car pour agir en justice, il lui suffira de la répéter (1). Il n'aura point à expliquer devant le juge pourquoi le propriétaire a consenti à se dépouiller de son bien ; on ne lui demandera point s'il y a eu quelque contrat antérieur, vente, échange, règlement de comptes, qui explique la mancipation et en soit la cause naturelle (2) .Que la cause de la mancipation soit réelle ou mensongère, qu'elle soit honnête ou honteuse, que le propriétaire ait voulu abandonner son bien pour toujours ou seulement pour un temps et à titre de commodat, de dépôt ou de gage (3), il n'importe : dans tous les cas la mancipation s'est célébrée avec la même formule, dans tous les cas par conséquent elle a conféré le même droit, c'est-à-dire une propriété pleine et entière. Or la mancipation n'a pas plus de force pour conférer le droit de propriété que n'en a la stipulation pour conférer le droit de créance ; dans les deux cas, le droit acquis est un droit invariable et absolu, car il est indépendant de toutes les circonstances au milieu desquelles il a pu naître. Par la stipulation, le droit de créance se rapproche, autant que le permet sa nature, du droit de propriété ; la somme stipulée d'un débiteur sol-

(1) Formule de mancipation : « Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio, isque mihi emptus est....» Gaïus, I, 119. — Formule de revendication : « Hunc ego hominem ex jure quiritium meum esse aio secundum suam causam...»Gaïus, IV, 16.

(2) D'ailleurs la mancipation, étant «une sorte de vente imaginaire » (Gaïus, I, 119), est censée avoir sa cause en elle-même, et n'a nul besoin par conséquent d'une cause naturelle antérieure. La tradition, elle aussi, est, dans une certaine mesure, indépendante de toute cause naturelle, de tout contrat antérieur. L. 36, cfr. L. 31, D. *de A.D.*,XLI, 1.

(3) Gaïus, II, 60.

vable, je l'ai déjà dit plus haut, équivaut presque à de l'argent comptant (1).

Cela est si vrai que, de nos jours, les législateurs qui ont voulu faire de la lettre de change une espèce de papier-monnaie, ont dû lui attribuer précisément le caractère que je viens de signaler dans la stipulation romaine. Ils ont séparé la lettre de change de sa cause naturelle en la déclarant indépendante du contrat de change et de la provision, et ont concentré dans sa formule toute sa force obligatoire. La formule moderne : « Payez tel jour à mon « ordre mille francs, etc. », a exactement la même valeur que la formule antique : « Mille sestertium mihi dare « spondesne? Spondeo »; dans les deux cas on peut dire: « Verbis, litteris, obligatio facta est. » Tels sont les principes qui prévalent aujourd'hui en Allemagne, en Angleterre, aux Etats-Unis, et qui ne tarderont pas, on

(1) Le rapprochement que j'indique ici n'est point une idée moderne. La loi romaine l'a exprimé avec autant de précision que de justesse dans ses formules de procédure : la formule qu'on délivrait au *stipulator certæ pecuniæ* et celle qu'on délivrait au propriétaire ont cela de commun qu'elles sont l'une et l'autre sans *demonstratio* (Cicéron, *pro Roscio comœdo*, 5), c'est-à-dire qu'on n'y indique point l'origine, la cause naturelle du droit réclamé, car cette cause est sans influence sur le droit lui-même, lequel demeure fixe et invariable. Au contraire, si le créancier agit en vertu d'une vente, d'un dépôt ou de quelque autre contrat naturel, sa formule d'action devra avoir une *demonstratio* (Gaïus, IV, 40), car ici le droit réclamé ne peut se détacher de sa cause naturelle (voyez *supra*, p. 123). Il y a exception pour le *mutuum* ou prêt d'argent, la formule d'action étant ici la même que pour la *stipulatio certa* (Cicéron, *loc. cit.*) : c'est que, dans l'origine, le *mutuum* était, comme la stipulation, un contrat solennel (*nexum*), et que d'ailleurs la créance du prêteur est tout aussi nettement déterminée par la numération des deniers qu'elle pourrait l'être par une formule. De là cette anomalie dans la classification des contrats: le *mutuum* appartient aux contrats naturels par sa forme, il imite les contrats solennels par ses effets.

peut le prévoir, à pénétrer chez nous. (1). Ainsi, de tous les côtés, la science moderne vient consacrer, après plus de vingt siècles, l'idée que, dans des temps encore à demi barbares, un admirable instinct pratique avait révélée aux Romains.

Mais, s'il a son utilité pratique, le système des formules a aussi ses dangers. L'équité est souvent froissée, la volonté des contractants mutilée par ce mécanisme artificiel et brutal que la loi formaliste substitue au jeu naturel des transactions humaines. De là cette lutte incessante entre le principe du formalisme et celui de l'équité, qui remplit toute l'histoire de la jurisprudence. Déjà du temps de Gaïus, du temps même de Cicéron, la lutte était engagée, et bien qu'à cette époque la formule de la stipulation conservât encore, en principe, toute sa puissance, plus d'un tempérament équitable était venu, dans la pratique, en modérer les effets.

En premier lieu, la jurisprudence avait brisé les cadres trop étroits de l'ancien formalisme, et admis, à côté du contrat verbal, toute une série de contrats naturels (2). Elle ne s'était point arrêtée là, et, attaquant le formalisme jusque sur son propre terrain, elle en était venue à exiger, pour la stipulation elle-même, une cause naturelle. Le débiteur imprudent, qui n'avait prononcé la formule fatale que par erreur et en vue d'une cause fausse et mensongère, trouva, dans cette jurisprudence équitable, une double protection : d'une part, un moyen de défense, l'*exceptio doli*, par laquelle il repoussait les poursuites du créancier ; d'autre part, un moyen d'attaque, la

(1) Salpius, *Novation*, p. 460, 465 ;— Byles, *Bills of exchange*, ch. 10; Demangeat sur Bravard-Veyrières, t. III, p. 56.

(2) « Qui re vel consensu fiebant.» Les contrats *innommés* sont les derniers venus dans cette série de contrats nouveaux.

condictio sine causa, par laquelle il répétait la créance qu'il avait imprudemment fournie et contraignait le créancier à lui donner quittance (1). Mais la stipulation sans cause, bien que menacée dès lors de deux côtés à la fois, ne devint pas cependant une stipulation sans valeur. Ce qui le prouve, c'est que les deux moyens par lesquels on pouvait la combattre, n'étaient, l'un comme l'autre, que des moyens indirects, qui, loin d'impliquer la nullité de l'obligation, en supposaient au contraire l'existence : en se réfugiant derrière l'*exceptio doli*, le débiteur reconnaissait que l'affirmation de son adversaire : « Aio te mihi dare oportere », était en elle-même incontestable ; de même, en intentant la *condictio sine causa,* le débiteur reconnaissait implicitement son obligation, car s'il n'eût pas été obligé, il n'aurait pas eu besoin d'exiger une quittance et sa *condictio* aurait été sans objet. Il en était d'une stipulation sans cause absolument comme d'une translation de propriété sans cause, et l'analogie que je signalais plus haut (2) entre ces deux actes, reparaît ici avec plus d'évidence : si, vous croyant à tort mon débiteur, vous me faites mancipation ou tradition de votre maison ou de votre champ, j'en deviens aussitôt pleinement propriétaire, bien que je sois ensuite exposé à une action personnelle de votre part et obligé de vous rendre cette maison ou ce champ injustement acquis ; et si, sous l'empire de la même erreur, vous me promettez par la formule de la stipulation votre maison ou votre champ, j'en deviens aussitôt pleinement créancier, bien que je sois ensuite exposé à une *condictio* de

(1) C'est ce qu'on appelait *condicere obligationem* (L. 1, D. *de cond. s. c.*, XII, 7) ou *condicere liberationem* (L. 1, D. *ut in poss. leg.*, XXXVI, 4).

(2) Voyez *supra*, p. 127.

votre part et obligé de vous remettre cette créance injustement acquise. La stipulation sans cause produit tout d'abord son plein et entier effet, bien que cet effet soit ensuite corrigé, en ce qu'il a d'inique et d'excessif, grâce aux remèdes apportés par la jurisprudence (1). Cette distinction, capitale en théorie, n'est pas indifférente en pratique; car la jurisprudence ne corrige ainsi la rigueur du droit que pour les débiteurs qui en sont dignes, elle ne prodigue pas cette faveur à tous les débiteurs imprudents. Il y a donc, on le comprend, une grande différence entre la stipulation sans cause au temps de Gaïus et le contrat sans cause dans notre droit actuel : de nos jours, une promesse sans cause n'a pas plus de valeur ni d'existence qu'une promesse sans consentement, puisque la cause, non moins que le consentement, est un élément essentiel du contrat et en fait partie intégrante (2) ; chez les Romains au contraire, la cause d'un contrat verbal n'est qu'une circonstance en dehors du contrat, je dirais presque étrangère au contrat ; le contrat verbal se suffit à lui-même : destitué de cause, réduit à une simple formule, il conserve encore, en principe, toute sa valeur (3).

Mais le contrat verbal avait eu bien d'autres modifications à subir. Sa forme même s'était altérée : à côté de la formule traditionnelle, qui, dans sa précision mathémati-

(1) Ce rapprochement entre la tradition et la stipulation se rencontre fréquemment dans le Digeste. L. 1, D. *de cond. s. c.*, XII, 7 ; — L. 76, D. *de J. D.*, XXIII, 3. — Bæhr, *Anerkennung*, p. 30 *in fine* et suiv.

(2) Code Napoléon, art. 1131.

(3) La différence que je signale entre le droit romain et le droit moderne, bien qu'incontestable au fond, est formulée tout autrement par plusieurs auteurs. D'après ces auteurs, le droit romain comme le droit moderne exigerait une cause pour toute obligation ; seulement le mot *causa* en droit romain aurait

que, ne pouvait s'appliquer, comme notre lettre de change, qu'à une somme d'argent (1), la pratique avait introduit des formules plus larges, mais plus vagues, applicables aux objets les plus divers, les plus indéterminés (2).

un tout autre sens que le mot *cause* dans notre droit : par *causa*, il faudrait entendre tout ce qui *produit* l'obligation, ainsi pour l'obligation *verbis* la formule orale, pour l'obligation *litteris* la formule écrite, pour l'obligation *consensu* le consentement lui-même. Tel n'est pas, je crois pouvoir l'affirmer, le langage des jurisconsultes romains ; la *causa* en droit romain, tout comme la *cause* dans notre droit, c'est ce qui répond à cette question : pourquoi vous êtes-vous obligé ? Si l'on adresse cette question à un emprunteur, il répondra : « Parce que j'ai touché l'argent » ; ici donc, et dans tous les contrats *re*, la *causa*, c'est la *res*, c'est-à-dire un élément essentiel du contrat (L. 7, § 2, D. *de pact.*, II, 14). Si l'on adresse cette question à un acheteur, il répondra : « Parce que le vendeur m'a promis sa marchandise » ; ici donc, et dans tous les contrats synallagmatiques, la *causa*, c'est l'obligation de l'autre partie, c'est-à-dire un élément essentiel du contrat. Mais si l'on adresse cette question à celui qui a promis *verbis*, il ne pourra y répondre qu'en indiquant la circonstance qui l'a déterminé à promettre (par ex., il devait auparavant quelque chose au stipulant, ou bien il a reçu quelque chose de lui en retour de sa promesse, etc.) ; ici donc la *cause* est une circonstance en dehors du contrat, elle n'est plus un élément du contrat, qui est *parfait sans cause*. Il y avait donc, en droit romain, deux espèces d'obligations conventionnelles : les obligations *naturelles* (*re*, *consensu*, — voyez *supra*, p. 121, note 2), qui n'existaient point sans *causa*, et qui étaient semblables aux obligations du droit moderne, et les obligations par formules (*litteris*, *verbis*), qui existaient sans *causa* et qui ont disparu aujourd'hui. Cfr. L. 2, § 3, D. *de doli m.*, XLIV, 4 : « ..... *sine causa stipulatus...* »

(1) Cfr. Gaïus, IV, 19 ; — § 7, J. *de V. O.*, III, 15 ; — LL. 68, 81, D. *de V. O.*, XLV, 1. — *Stipulatio* vient de *stips*, monnaie. Varron, *de L. L.*, V, 182 ; Festus, v° *stipem*.

(2) D'abord la stipulation *de omni certa re*, puis la stipulation *incerta*. A ces nouvelles formules de stipulation correspondaient de nouvelles formules d'action (*condictio triticaria*, *incerta*), plus vagues elle ussi (Gaïus, IV, 41, 51), et ayant en conséquence une *demonstration* (voyez *supra*, p. 128, note 1) : « Quod A. A. *incertum*

Dès lors il fut aisé aux contractants de rattacher plus étroitement leur stipulation à sa cause naturelle : celui qui était devenu créancier par une cause quelconque, au lieu de stipuler une somme fixe, stipulait « ce qui lui était dû » : le vendeur stipulait son prix de vente, le bailleur ses fermages, la femme sa dot, et de cette façon le stipulant ne pouvait agir qu'en prouvant qu'il y avait eu vente, louage, constitution de dot, et qu'en un mot la stipulation avait une cause ; car il est bien évident que, si j'ai stipulé « ce qui m'est dû », quand il ne m'est rien dû, c'est comme si j'avais stipulé le contenu d'une bourse vide. Toutefois, si la stipulation, conçue en de pareils termes, perdait en fait une grande partie de son utilité, en droit et en théorie elle conservait intact son caractère essentiel, elle restait, en principe, indépendante de sa cause : en effet, si la stipulation d'un prix de vente était nulle lorsqu'il n'y avait point eu de vente, elle était nulle, qu'on le remarque bien, non point parce qu'elle était une stipulation *sans cause*, mais parce qu'elle était une stipulation *sans objet* ; et quand le juge examinait si la vente était réelle et valable, ce n'est point la cause de la stipulation qu'il recherchait, mais son objet qu'il évaluait. La stipulation *incerta* ne différait de la stipulation *certa* que par son objet, non par son essence. La formule s'était assouplie et pliée aux besoins variés du commerce, mais c'était toujours la formule qui produisait l'action et la créance. *Verbis fiebat obligatio.*

stipulatus est. » Gaïus, IV, 136, 137. De là le nom d'action *ex stipulatu*. Pr. J. *de V. O.*, III, 15.

III.

En expliquant tout à l'heure l'origine et la nature de la stipulation, j'expliquais par avance l'origine et la nature de la novation elle-même. Lorsqu'un créancier, voulant donner à sa créance une forme plus régulière, stipule ce qu'on lui doit, on dit à bon droit qu'il a *nové* sa créance, c'est-à-dire qu'il l'a éteinte pour en acquérir une nouvelle : car désormais, quand il agira contre son débiteur, c'est la stipulation qu'il prendra comme point de départ, il ne remontera point au delà, puisque le stipulation se suffit à elle-même et est indépendante de tout ce qui l'a précédée; le droit antérieur du créancier est donc devenu inutile (1) ; or un droit qui devient inutile est un droit qui cesse d'exister.

Pour mieux comprendre cet effet extinctif de la stipulation, on n'a qu'à la rapprocher d'un acte juridique auquel je l'ai déjà plusieurs fois comparée. La mancipation, comme la stipulation, se suffit à elle-même : quelles que puissent être les circonstances particulières dans lesquelles ces deux actes interviennent, quelle que puisse être la *cause* de ces deux actes, ils produisent toujours l'un et l'autre leur effet essentiel, qui est de conférer le droit de propriété et le droit de créance. Mais si cette cause est une obligation antérieure, si c'est une chose *déjà due* qui fait l'objet de la mancipation ou du contrat verbal, alors ces deux actes produisent en même temps un second effet inséparable du premier (2), ils étei-

(1) *Inutile* au point de vue d'une loi formaliste et étroite, qui n'accorde, en fait de droits, que le *strict nécessaire*.

(2) Je dis *inséparable* : car, au temps de Gaïus où je me suis placé, la novation était le résultat *forcé* de la formule, sans qu'il fût besoin d'*animus novandi*. C'est ce que j'essayerai de prouver dans un prochain article.

gnent cette obligation antérieure ; en conférant au créancier un droit nouveau, ils lui font perdre le droit qu'il avait déjà ; par la *mancipatio debiti* la créance est *payée*, par la *stipulatio debiti* elle est *novée*, et dans les deux cas elle s'éteint, car dans les deux cas elle a produit tout l'effet qu'elle devait produire : le créancier est *satisfait* (1). Bien souvent de nos jours un créancier se tient pour satisfait lorsque, au lieu d'un paiement en argent, il reçoit des lettres de change ou d'autres effets de commerce. A plus forte raison les Romains pouvaient-ils considérer la stipulation comme l'équivalent d'un paiement effectif, et dire avec un de leurs jurisconsultes : « Stipulationem similem esse solutioni existimamus » (2).

Les jurisconsultes romains comparaient encore la formule de la stipulation à la formule de l'action judiciaire (3), et cette seconde comparaison, que j'ai également indiquée plus haut, n'est pas moins instructive que la précédente. La ressemblance entre ces deux formules apparaît tout d'abord dans leur rédaction même : il semble que, en composant leurs formules de novation, les *prudents* les aient calquées sur les formules d'action qu'avaient composées les préteurs (4). Analogues dans leurs

(1) Cfr. L. 11 pr., § 1, D. *de pign. act.*, XIII, 7;—L. 13, § 4, D. *de pignor.*, XX, 1; —L. 176, D. *de V. S.*, L, 16.

(2) L. 31, D. *h. t.*;—L. 21, § 3, D. *de ann. leg.*, XXXIII, 1; « ... Quæ « per numerationem vel novationem solutæ sunt. » — L. 8, § 3, D. *ad sc. Vellei.*, XVI, 1 : « ... Solvit et qui reum delegat. » — L. 187, D. *de V. S.*, L, 16.

(3) L. 29, D. *h. t.*;—L. 2, § 8, D. *de hered. vend.*, XVIII, 4;—L. 22, D. *de adm. tut.*, XXVI, 7 ; —Fr. Vatic., 263.

(4) Voyez surtout la formule de la stipulation aquilienne (§ 2, J. *q. m. toll. obl.*, III, 29) : « Quidquid... ex quacumque causa dare « facere oportet... quanti quæque earum rerum res erit, tantam « pecuniam... » Voyez aussi les formules suivantes : « Quidquid ob « eam rem, si tunc liber fuisset, eum dare oporteret... » L. 1, § 4,

formes, elles l'étaient aussi dans leurs effets. La formule judiciaire, qui armait le créancier de l'action en justice et lui conférait ainsi un droit nouveau, éteignait par là même le droit antérieur (1) : ici encore, le droit devait s'éteindre, parce que, en produisant l'action, il avait produit tout l'effet qu'il pouvait produire ; il devait tomber, si j'ose ainsi dire, comme tombe la fleur quand le fruit vient à se former. De son côté, la formule de la stipulation était, on l'a déjà vu, une sorte de préliminaire habituel à l'action en justice : elle préparait la formule judiciaire comme celle-ci à son tour préparait la condamnation (2); c'étaient comme autant d'étapes successives qui conduisaient le créancier à la réalisation de son droit; une fois engagé dans cette route, il ne lui était plus permis de revenir sur ses pas, et à chaque étape nouvelle il perdait sans retour tout ce qu'il laissait derrière lui (3).

C'est ainsi qu'à l'origine la formule de la stipulation produisait deux effets du même coup, et c'est grâce à cette double efficacité qu'elle était devenue, dans la pratique, un instrument d'un usage universel et propre aux opérations les plus variées. Par elle on pouvait tour à tour créer l'obligation, la modifier, la transformer, la faire circuler dans le commerce et enfin la détruire. Toutes ces

D. *quar. rer. act.*, XLIV, 5 ; — « Quidquid ex vendito dare facere « oportet... » L. 27, *h. t.*;—LL. 29 § 1, 76 § 1, D. *de V. O.*, XLV, 1;— L. 72, § 3, D. *de solut.*, XLVI, 3. — Salpius, *Novation*, § 29.

(1) Gaïus, III, 180 : « Tollitur adhuc obligatio litis contesta- « tione. » Il vient de parler de la novation.

(2) Ce caractère, évident dans la *sponsio præjudicialis*, et dans la *stipulatio prætoria, quæ instar actionis habet* (L. 10, § 3, D. *de compens.*, XVI, 2 ; L. 37, D. *de O. et A.*, XLIV, 7), se retrouve aussi dans la stipulation conventionnelle.

(3) Je ne puis qu'énoncer ces idées : les preuves et les développements dont elles auraient besoin, excèderaient les bornes d'un article de revue.

opérations, sauf la première, constituaient des novations, et l'on peut juger par là de quelle utilité était la novation dans la pratique romaine. Je vais m'arrêter un moment sur ce point, et, après avoir montré, dans le précédent paragraphe, quel était l'usage de la stipulation en général, je vais montrer, dans celui-ci, quels étaient les emplois si multiples et si divers de la *stipulatio debiti* en particulier.

1. Et d'abord, en stipulant ce qui lui était dû, le créancier n'avait souvent pour but que de donner à sa créance une forme plus régulière et de se ménager ainsi un moyen d'action plus énergique et plus sûr. Tant qu'elles n'avaient pas été revêtues de la forme légale et qu'elles étaient restées dans leur forme naturelle, les créances conventionnelles n'étaient sanctionnées, pour la plupart (1), que par des actions *de bonne foi*, actions qui se portaient devant des *arbitres* et non pas devant des *juges*, et qui se réglaient d'après l'équité et les usages du commerce et non pas selon la rigueur du droit (2). Il fallait donc, si l'on voulait porter ces créances devant des *juges* suivant la procédure traditionnelle, les faire passer d'abord par la formule de la stipulation, et cette formule était on ne peut mieux appropriée à un pareil usage, étant à la fois assez souple pour recevoir les conventions les plus variées, et assez précise pour s'adapter exactement à la formule du procès. Au reste, les parties pouvaient, à leur choix, formuler leur obligation de deux manières bien différentes; s'il s'agissait, par exemple,

(1) Il n'y a d'exception que pour le *mutuum*, et j'ai indiqué plus haut les motifs de cette exception (voyez *supra*, p. 128, note 1 *infine*).

(2) « Æquius melius — ut inter bonos bene agier. » Cicéron, *Topic.* 17; *ad famil.*, VII, 12; *de offic.*, III, 15-17. Cfr. Savigny, t. V, § 219.

d'un prix de vente de 10,000 sesterces, les parties pouvaient dire : « Sestertium decem millia mihi dare spon« desne? Spondeo » ; elles pouvaient dire aussi : « Quiquid « ex vendito dare facere oportet, id mihi dare spondesne? « Spondeo » (1); et suivant qu'elles avaient choisi l'une ou l'autre forme de stipulation, elles obtenaient des résultats très-différents.

Si les contractants s'étaient servis de la première formule, ils ne pouvaient agir en justice qu'avec la formule correspondante : « Si paret N^um^ N^um^ A^o^ A^o^ sestertium de« cem millia dare oportere, judex N^um^ A^o^ sestertium de« cem millia condemna » (2). C'était la *condictio certi*, c'est-à-dire la plus stricte de toutes les actions et par là même la plus rapide et la plus sûre : la plus rapide, car elle menaçait des peines les plus sévères le débiteur récalcitrant (3); la plus sûre, car elle ne laissait aucune place à l'arbitraire : deux formules également inflexibles, celle de la stipulation et celle du procès, dictaient au juge sa sentence.

La seconde stipulation : « Quiquid ex vendito dare facere « oportet, etc. », avait, comme la première, sa formule d'action correspondante : « Quod A^us^ de N^o^.... stipulatus est, « quiquid paret ob eam rem N^um^ A^o^ dare facere oportere, « ejus, judex, N^um^ A^o^ condemna » (4). C'était la *condictio incerti*, ou mieux encore l'action *ex stipulatu*. Elle était moins stricte que la précédente, et se rapprochait, comme on va le voir, des actions de bonne foi : d'abord les deux formules de la stipulation et de l'action, étant l'une et

(1) Voyez *supra*, p. 133.

(2 C'est la formule qui, au temps de Gaïus, avait remplacé celle citée plus haut, p. 126. Voyez Gaïus, IV, 41, 43.

(3) Gaïus, IV, 171.

(4) Gaïus, IV, 136, 41, arg. 47. — Huschke, *de act. formulis quæ in L. Rubria exst.*, p. 33.

l'autre indéterminées (*quiquid*, etc.), laissaient au juge un pouvoir d'appréciation plus étendu; ensuite, ces formules se référant au contrat de vente (*quiquid ex vendito*, etc.), le juge devait s'y référer lui-même et procéder dès lors, en exécution de ces formules, précisément comme l'eût fait un arbitre saisi de l'action de vente. Mais, s'il en était ainsi, si la *condictio* dégénérait en un arbitrage, que devenait l'utilité de la novation? Qu'avaient gagné les parties à remplacer leur ancienne action par une nouvelle, s'il n'y avait qu'une différence de nom entre la première et la seconde? On peut répondre, je crois, malgré l'insuffisance de nos documents sur ce point, qu'il y avait entre ces deux actions une différence réelle, et que, si elles conduisaient l'une et l'autre au même résultat, elles n'y conduisaient pas par le même chemin; le juge, bien qu'investi en ce cas des mêmes pouvoirs qu'un arbitre, n'en était pas moins un *juge* choisi dans les décuries des *judices selecti*, et par suite toutes les règles de forme et de procédure étaient sans doute celles d'un *strictum judicium* et non pas celles d'une action de bonne foi (1).

Au reste, cette transformation d'un rapport d'équité en un rapport de droit strict, pouvait avoir lieu, non dans l'intérêt du créancier, mais dans celui du débiteur. En renfermant sa dette en une formule, le débiteur la limitait, et dès ce moment toutes les prestations accessoires d'équité, d'usage ou de convenance, s'en trouvaient exclues. Ainsi le débiteur n'avait plus à fournir désormais des intérêts légaux ou moratoires (2). Il était affranchi, du moins en cas de *stipulatio certa*, du soin de conserver et d'entretenir la chose due (3). Enfin, les rigueurs mêmes

(1) Savigny, t. V, § 218, note *f*.
(2) L. 32, § 2, D. *de usur.*, XXII, 1; — L. 27, D. *h. t.*
(3) L. 91, D. *de V. O.*, XLV, 1. — La conversion de la dette en

de la *condictio certi* étaient pour le débiteur une sauvegarde en même temps qu'un danger, car cette action était impartiale dans ses rigueurs et elle châtiait une injuste aggression non moins sévèrement qu'une injuste résistance (1).

2. Ce n'est pas tout. La novation servait parfois, non plus à préparer les poursuites contre le débiteur, mais à préparer, au contraire, sa libération. Pour faire comprendre ce second usage de la *stipulatio debiti*, j'ai besoin de rappeler d'abord quelques principes généraux sur l'extinction des créances.

« Rien n'est plus naturel, disaient les jurisconsultes romains, que de dissoudre une obligation de la même manière qu'on l'a contractée » (2). Or, comme une obligation pouvait se contracter de deux manières, par des modes naturels, tels que le prêt, la vente, etc., et par des formules obligatoires, il fallait qu'il y eût aussi deux manières de la dissoudre, des modes naturels, tels que le paiement, et des formules libératoires (3). De plus, ces secondes formules devaient concorder avec les premières, en sorte qu'à chaque forme d'obligation répondît une forme de libération corrélative : ainsi, à la formule de la stipulation : « Centum spondesne? Spondeo », correspondait la formule de l'*acceptilation :* « Centum habesne accepta? « Accepta habeo » (4). Enfin, pour que la symétrie fût

une *stipulatio incerta*, n'aurait pas modifié, je crois, la responsabilité du débiteur.

(1) Gaïus, IV, 53, 180.

(2) LL. 35, 100, D. *de R. J.*, L. 17.

(3) L. 107, D. *de solut.*, XLVI, 3 : « Verborum obligatio *aut naturaliter resolvitur aut civiliter :* naturaliter, veluti solutione.... « civiliter, veluti acceptilatione... »

(4) Gaïus, III, 169 ; — L. 14 *in fine*, D. *de accept.*, XLVI, 4 : « ...Verbis « verba ea demum resolvi possunt quæ inter se congruunt. » — De

parfaite, il fallait que chaque formule de libération s'appliquât exclusivement aux obligations créées par la formule correspondante : ainsi l'acceptilation ne pouvait s'appliquer à l'obligation résultant d'un prêt ou d'une vente, et en général les formules libératoires ne pouvaient s'appliquer aux obligations créées par des modes naturels.

Mais si ces formules étaient restreintes dans leur application, elles étaient, en revanche, très-énergiques dans leurs effets. Ainsi l'acceptilation, que je prends toujours pour exemple, car c'est la seule de ces formules dont le Digeste fasse encore mention, l'acceptilation, dis-je, imitait la stipulation, non-seulement dans sa forme, mais dans ses effets, et elle n'avait pas moins de puissance pour détruire la dette que n'en avait la stipulation pour la créer. Elle était donc, comme la stipulation, indépendante de sa cause naturelle : peut être le créancier, quand il avait dit : « acceptum habeo », avait-il en réalité reçu le paiement de sa créance, peut-être s'était-il contenté d'un équivalent, peut-être avait-il voulu gratifier son débiteur, peut-être enfin s'était-il trompé, se croyant payé lorsqu'il n'en était rien ; quoi qu'il en fût, il avait prononcé la formule, et cette formule, par elle seule, conférait au débiteur sa libération (1). Elle était donc avantageuse même pour le débiteur qui avait payé, car elle le dispensait de prouver le paiement ; elle était tout aussi

même au contrat *per æs et libram* correspondait la *solutio per æs et libram*. Gaïus, III, 173 sqq. ; — à l'*expensilatio*, l'*acceptilatio litteris*. — Ortolan, *Instituts*, t. III, n. 1682 et suiv.

(1) L'acceptilation *sine causa* est traitée exactement comme la stipulation *sine causa* : elle peut être répétée par une *condictio*, mais elle n'en produit pas moins d'abord tout son effet. LL. 4, 10, D. *de cond. c. d.*, XII, 4 ; — L. 8, § 8, D. *ad sc. Vellei.*, XVI, 1 ; — L. 9, D. *præscr. verb.*, XIX, 5.

utile au débiteur libéré pour consacrer sa libération, que la stipulation était utile au créancier pour consolider sa créance. L'acceptilation, en un mot, était la quittance authentique et solennelle dont tout débiteur avait besoin (1).

En résumant tout ce qui précède, nous arrivons à ce double résultat : d'un côté l'acceptilation est utile à tous les débiteurs, d'autre part elle n'est possible qu'à l'égard de quelques-uns ; car la formule verbale ne peut éteindre, on l'a déjà vu, que les obligations verbales ; ainsi quiconque s'est obligé par un emprunt, un achat ou tout autre mode naturel, ne pourra obtenir de quittance solennelle, quelque besoin qu'il en puisse avoir. Comment sortir de cet embarras ? C'est précisément la novation qui nous en fournit le moyen, car elle transforme toute espèce de dette en dette verbale et rend ainsi toute espèce de dette susceptible d'acceptilation (2).

Voilà donc deux usages bien divers de la *stipulatio debiti :* employée seule, elle sert à régulariser et à sanctionner toute espèce d'engagement ; combinée avec l'acceptilation, elle régularise et consacre toute espèce de convention libératoire : toute transaction, toute remise, toute compensation conventionnelle, toute cession en paiement, toute convention libératoire en un mot, devient régulière et pleinement efficace dès que le débiteur et le

(1) C'est une erreur de supposer que l'acceptilation est une remise gratuite et exclut l'idée de payement. L. 19, § 1, D. *de accept.*, XLVI, 4 : « Inter acceptilationem et apocham hoc interest, « quod acceptilatione *omnimodo* liberatio contingit, *licet* pecunia « soluta non sit... » Voyez aussi L. 89, D. *de solut.*, XLVI, 3. — Bæhr, *Anerkennung*, § 29.

(2) § 1, J. *q. m. obl. toll.*, III, 29 : « ... Sed id quod ex alia « causa debetur, potest in stipulationem deduci et per acceptila- « tionem dissolvi. »

créancier ont échangé ces quelques paroles : — Le créancier : « Centum quæ mihi debes spondesne? » — Le débiteur : « Spondeo. Centum quæ tibi promisi habesne ac« cepta? » — Le créancier : « Accepta habeo » (1).

3. La *stipulatio debiti* pouvait présenter encore, dans l'ancien droit, un troisième avantage qu'il n'est pas inutile de mentionner en passant. C'est en revêtant une obligation des formes traditionnelles du contrat verbal qu'on la rendait susceptible d'être garantie par un cautionnement, l'obligation verbale étant la seule, dans l'ancien droit, qui pût être cautionnée. Car la caution, à l'origine, ne pouvait s'engager que par une formule verbale : « Idem « spondesne? Spondeo ; — Idem fidepromittisne? Fide« promitto »; et cette formule, comme celle de l'acceptilation, devait avoir pour corrélatif une autre formule concordante, celle du contrat principal (2). Je ne m'arrête pas sur ce point, car déjà, du temps de Gaïus, de nouvelles formes de cautionnement s'étaient introduites, et cette utilité de la novation avait presque entièrement disparu.

4. Ces trois emplois divers de la novation peuvent se résumer en un seul : communiquer aux obligations contractées par des modes naturels les qualités et les priviléges de l'obligation verbale. Mais je n'ai pas encore tout dit : les obligations verbales elles-mêmes ont souvent besoin d'être novées, et je vais maintenant indiquer trois autres cas où l'emploi de la novation se généralise et s'étend aux obligations verbales tout comme à celles qui ne le sont point.

(1) L. 15, D. *de transact.*, II, 15. — Si, une *stipulatio debiti* étant faite pour préparer l'acceptilation, l'acceptilation n'a pas suivi, la stipulation par elle seule éteindra la dette *exceptionis ope*. L. 91, D. *de solut.*, XLVI, 3.

(2) Le mot *idem* se réfère à la formule du contrat principal et la présuppose. Gaïus, III, 115, 116, 119.

En premier lieu, c'est à la novation qu'il faut recourir lorsqu'on veut *modifier* une obligation. Car une obligation peut recevoir diverses modalités : elle peut être à terme, conditionnelle ou pure et simple ; mais une fois qu'elle est née avec une de ces modalités, il faut qu'elle la conserve jusqu'à sa fin ; car la loi du contrat, qui l'a fait naître ainsi, ne peut être abrogée que par une loi également puissante, c'est-à-dire par un contrat nouveau. Telle est la règle que la jurisprudence a peu à peu tempérée, mais sans jamais l'abolir. Que faudra-t-il donc pour satisfaire à cette règle? Faudra-t-il refaire le contrat primitif? Si dans un prêt, par exemple, l'on veut après-coup changer le terme fixé d'abord pour le remboursement, faudra-t-il que l'emprunteur rembourse les deniers reçus et que le prêteur les prête de nouveau? Non sans doute, et ici encore c'est à la novation qu'on a recours (1) : que le prêteur stipule *purement et simplement* ce qu'il avait prêté à terme ou sous condition, et sa créance aussitôt cesse d'être à terme ou conditionnelle, car elle est, pour ainsi dire, régénérée, et désormais elle a son principe et sa source, non plus dans le contrat de prêt qui était à terme ou conditionnel, mais dans le contrat verbal qui est pur et simple. Il en est de même si, à l'inverse, un créancier stipule *à terme* ce qui lui était dû purement et simplement (2).

(1) *Quid* si les parties ont reculé ou avancé l'échéance, non par novation, mais par simple pacte? Le pacte est nul d'après les anciens principes, mais il devient efficace grâce aux tempéraments introduits par la jurisprudence et la doctrine : s'il recule l'échéance, il confère au débiteur une exception ; s'il l'avance, il est encore valable, soit comme constitut, soit même comme prêt nouveau opéré par traditions fictives. Voyez L. 15, D. *de R. C.*, XII, 1.

(2) En est-il de même s'il stipule *sous condition* ce qui lui était

5. Les mêmes obstacles qui s'opposent à la modification d'une créance, semblent devoir également en empêcher le transfert. Toute obligation est, en principe, immobile autant qu'immuable, car elle n'est autre chose qu'un rapport entre deux personnes déterminées, et l'une de ces deux personnes ne peut céder sa place à une autre sans que le rapport primitif soit rompu et remplacé par un rapport et un contrat nouveaux. Nous retrouvons donc ici la même difficulté qui nous arrêtait tout à l'heure : faudra-t-il détruire le contrat pour le refaire ? et si, par exemple, ayant prêté 1,000 sesterces à Titius, je veux que vous deveniez son créancier à ma place, faudra-t-il pour cela que Titius me paye ces 1,000 sesterces et que vous les lui prêtiez à votre tour une seconde fois ? Non sans doute, et ici encore c'est la novation qui vient à notre aide : vous stipulerez de Titius, sur mon ordre, « les 1,000 sesterces qu'il me doit », et aussitôt Titius aura cessé d'être mon débiteur et sera devenu le vôtre. Nous serons donc arrivés exactement au même résultat que si je vous avais transféré ma créance, et, en se plaçant au point de vue des résultats, l'on pourra dire que le transfert est accompli. Ainsi ce qu'est la mancipation ou la tradition pour les choses corporelles, la novation l'est pour les créances (1). Grâce à la novation, la créance se mobilise, elle entre dans le commerce, elle circule de mains en mains et de lieux en lieux ; elle peut se vendre, s'échanger, se donner en dot, en payement ou en gage ; et quelque

dû purement et simplement? Le cas est plus difficile. Voyez Bufnoir, *Condition*, p. 259 et suiv.

(1) Gaïus, II, 38 : «...Quod mihi ab aliquo debetur, id si velim « tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad alium « transferuntur, id efficere possum; sed opus est ut jubente me tu « ab eo stipuleris; quæ res efficit ut a me liberetur et incipiat tibi « teneri ; quæ dicitur novatio obligationis. »

variées que soient au fond ces diverses espèces de transferts, leur forme est toujours la même, c'est toujours celle de la novation (1).

6. C'est enfin grâce à la *stipulatio debiti* qu'on pouvait, dans une certaine mesure, échapper à la règle qui excluait la représentation en matière de créances et s'opposait à ce qu'on pût devenir créancier ou débiteur par l'entremise d'un mandataire. Cette règle se rattache étroitement à la précédente : elles ne sont, l'une et l'autre, que deux applications diverses de ce même principe général, que le lien d'obligation ne peut jamais se détacher, sans se rompre, de la personne des deux contractants : il ne peut s'en détacher, ni après coup et au profit d'un cessionnaire, ni dès l'origine et au profit d'un mandant (2). Mais si cette seconde règle est aussi logique que la première, elle est en même temps aussi gênante. Supposons, par exemple, que, forcé de m'absenter avant d'avoir pu conclure avec vous un contrat projeté, je laisse ce soin à mon mandataire Titius; voici à quels résultats notre principe va nous conduire : c'est mon mandataire lui-même et mon mandataire seul, qui, en contractant avec vous, deviendra votre créancier et votre débiteur, en sorte que, s'il est infidèle ou insolvable, mes intérêts et les vôtres seront compromis. Comment prévenir ce double danger ? C'est la *stipulatio debiti* qui nous en fournit les moyens. Avant

(1) On peut de même, par la novation, substituer au débiteur primitif un nouveau débiteur. Gaïus, III, 176. — En combinant cet effet de la novation avec l'effet indiqué n° 2, on arrive à pouvoir libérer solennellement un débiteur, bien qu'il soit absent et ne puisse par conséquent échanger avec le créancier les paroles sacramentelles : ce que doit ce débiteur, on va le stipuler de Titius, à qui on fait immédiatement acceptilation. L. 91, D. *de solut.*, XLVI, 3.

(2) Kuntze, *Obligation*, p. 264.

de partir, je stipulerai de vous : « quod Titius a te stipula-« tus fuerit, id mihi dare spondesne ? » et à l'inverse vous stipulerez de moi : « quod a Titio stipulatus fuero, id « mihi dare spondesne ? » Grâce à cette double stipulation, Titius n'aura pas plutôt contracté avec vous, que sa créance ou sa dette se trouvera novée et transportée par la puissance de la novation de sa tête sur la mienne (1). Ainsi cette espèce de novation préalable prévenait tous les dangers du mandat romain, et l'assimilait au mandat moderne, où les stipulations et les promesses du mandataire n'ont d'effet que pour le mandant. La *stipulatio debiti* facilitait le mandat d'une autre manière : pour donner à mon mandataire le pouvoir de disposer de ma créance, le meilleur moyen était de lui permettre de stipuler de mon débiteur ce qui m'était dû.

J'ai indiqué les principaux usages de la novation, et je n'ai plus maintenant qu'une dernière remarque à ajouter. Je disais, au début de cette étude, que la novation du droit romain n'a rien de commun avec la novation du droit moderne. Je puis maintenant apporter une preuve nouvelle à l'appui de cette assertion : de tous les besoins divers auxquels répondait la novation romaine et que je viens d'énumérer, il n'en est pas un seul qui n'ait aujourd'hui disparu. Aujourd'hui, les obligations civiles sont toutes de la même nature, elles produisent toutes la même action, elles s'éteignent toutes de la même manière ; la novation ne peut donc plus servir à transformer une obligation de bonne foi en une obligation de droit strict. Aujourd'hui, aucun obstacle ne s'oppose à la modification des créances par des pactes subséquents, ni à leur acquisition par l'entremise d'un mandataire, ni à leur trans-

(1) L. 8, § 2, D. *h. t.* : « Et ait Celsus novationem fieri... *eoque « jure utimur.* » Ces derniers mots prouvent qu'une stipulation semblable était assez fréquente dans la pratique.

fert direct; il n'est donc plus besoin de novation pour modifier les créances, ni pour les acquérir par autrui, ni pour les transférer, et l'on pourrait peut-être s'étonner à bon droit que notre Code civil, qui a admis la succession aux créances, n'ait pas également admis la succession aux dettes, et ait vu une novation dans le changement de débiteur (1). Abstraction faite de ce dernier souvenir des lois romaines, déjà disparu des codes étrangers, à quoi la novation peut-elle encore servir de nos jours? A changer, non plus la forme, ou la modalité, ou le titulaire de la créance, mais l'objet et le fond même de la créance, ce qui était impossible avec la *stipulatio debiti* des Romains. Ainsi le principal usage, je pourrais presque dire l'unique usage de la novation moderne, c'est précisément celui auquel la novation romaine ne s'est jamais appliquée.

Je m'arrête, et cependant j'aurais encore beaucoup à dire, si je ne craignais d'abuser de l'hospitalité de la Revue et de la patience du lecteur. J'essayerai un autre jour de compléter, à un nouveau point de vue, la démonstration que je viens d'ébaucher, et je m'efforcerai d'établir que, de toutes les conditions requises par Gaïus pour une novation parfaite, il n'en est plus une seule qui soit encore exigée aujourd'hui.

PAUL GIDE,
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris.

(1) Code Napoléon, art. 1271, 2°, 1280. Les législations allemandes, au contraire, ont admis une véritable *succession* aux dettes, *Schuldenübernahme :* la dette reste la même, il n'y a de changé que la personne du débiteur. Ce résultat est, je crois, plus conforme, soit à l'intention des parties, soit aux besoins du commerce. Voyez Delbrück, *die Uebernahme fremder Schulden nach gem. u. preusz. R.*

LES FORMULES DE SIRMOND (1)

C'est avec beaucoup de justesse que M. Laferrière, dans son *Histoire du droit français,* a appelé l'attention sur la valeur historique des anciennes formules. Elles offrent, en effet, un des matériaux les plus importants, à l'aide desquels nous pouvons constater l'état et le degré de développement du droit, dans les différentes parties de la France, à une époque qui ne nous a transmis qu'un très-petit nombre de monuments législatifs. Cependant, jusqu'ici, les recueils de formules n'ont pas été l'objet d'une étude aussi sérieuse et aussi approfondie qu'ils l'auraient mérité. Les éditeurs ne nous ont pas renseignés d'une manière suffisante sur les manuscrits d'où ils les ont tirés, sur l'âge de ces manuscrits, sur l'ordre dans lequel les formules y sont rangées, sur les signes caractéristiques qui pourraient permettre de déterminer les différents pays pour l'usage pratique desquels elles ont été rédigées. Nous espérons que M. de Rozière comblera prochainement cette lacune. En attendant, nous voulons appeler l'attention des lecteurs de la *Revue* sur un des formulaires les plus intéressants, celui qu'on désigne habituellement sous le nom de *Formules de Sirmond.*

Ayant fait acheter, il y a quelques années, pour la bibliothèque publique de Varsovie, le manuscrit du Bréviaire d'Alaric qui provenait de la riche collection du collége de Clermont, et qui était passé en dernier lieu de

(1) Cet article offre la traduction abrégée d'un travail publié en 1863 dans la *Bibliothèque polonaise*, journal littéraire de Varsovie.

la bibliothèque de Meermann dans celle de M. le professeur Keller, j'ai eu l'occasion d'étudier ce manuscrit dans tous ses détails, et notamment la partie qui renferme le recueil de formules édité pour la première fois par le P. Sirmond (1). En comparant cette partie du manuscrit avec les éditions de Canciani et de Walter, je me suis assuré qu'il y a identité parfaite, quant au nombre et au fond des formules, entre le manuscrit et l'imprimé. Dans le manuscrit, les formules ont pour titre : *Incipiunt capitula*, et viennent immédiatement après la Loi Salique, ou du moins après l'épilogue de cette loi qui commence par les mots : *Quem vero rex Francorum*. La première formule a pour rubrique : *Donatio ecclesiæ*, la dernière : *De causis commendatis*. Elles sont numérotées, et la dernière porte le n° XLV ; mais c'est par erreur, car vers le milieu du recueil un même numéro se trouve répété deux fois, de sorte qu'en réalité le manuscrit contient autant de formules que l'édition de Walter, c'est-à-dire quarante-six.

Plus j'ai étudié ce recueil et comparé les formules placées au commencement avec celles qui en forment la fin, plus j'ai acquis la conviction que le formulaire, tel qu'il existe dans le manuscrit et dans l'imprimé, n'a pas été rédigé tout entier à la même époque, mais qu'au contraire sa formation appartient à des temps différents, et que, notamment, le commencement est plus ancien, la fin plus récente.

Pour vérifier mon opinion, j'ai voulu examiner les autres manuscrits qui renferment les mêmes formules, et

(1) L'auteur commet ici une légère inexactitude. Le P. Sirmond n'a pas publié le recueil dont il s'agit ; il en avait seulement préparé la copie, et c'est d'après cette copie, libéralement communiquée, que Bignon en a donné la première édition. (*Note de la Direction.*)

particulièrement le n° 4409 de la bibliothèque impériale de Paris, qui, d'après la description donnée par M. Pardessus dans sa *Loi Salique*, ne devait contenir que les trente-trois premières. J'ai profité de mon dernier voyage en France pour collationner ce manuscrit ainsi que le n° 2123, que MM. les Conservateurs ont bien voulu me communiquer. Je savais, par le *Recueil général* de M. de Rozière, que les formules de Sirmond se trouvent encore dans un troisième manuscrit de la bibliothèque impériale, mais le temps m'a manqué pour le chercher. D'ailleurs, l'examen du n° 4409 m'a pleinement convaincu que l'indication donnée par M. Pardessus était exacte, et que ce manuscrit ne contenait, en effet, que les trente-trois premières formules des éditions imprimées.

Cette circonstance suffit pour établir que les formules de Sirmond n'ont pas été toutes rédigées à la même époque. On pourrait objecter, il est vrai, que c'est là un fait particulier au copiste du n° 4409, qui n'a pas voulu prendre la peine de transcrire le recueil complet. Mais cette objection est détruite par l'examen du manuscrit 2123, qui renferme le formulaire généralement attribué à Marculfe. Après l'introduction ou préface qu'on connaît, ce manuscrit donne une suite de 117 formules, sans la division en deux livres que présentent les éditions imprimées. Or, parmi ces 117 formules, on ne rencontre que les trente-trois premières de Sirmond. Il est donc probable qu'à l'époque où Marculfe composait sa collection, ces trente-trois formules étaient les seules qui existassent ; si les recueils contemporains en eussent contenu d'autres, on ne comprendrait pas pourquoi Marculfe les aurait omises.

On peut se demander, il est vrai, si le manuscrit 2123 renferme bien réellement l'œuvre de Marculfe. On trouve

dans la préface l'indication d'une division en deux livres, ainsi que la distinction entre les affaires qui sont jugées *in palatio* et celles qui sont traitées *in pago*. Mais, d'un autre côté, il est dit clairement que l'auteur a voulu réunir les formules composées antérieurement et celles qu'il avait rédigées *ex sensu proprio*. On pourrait donc admettre que la division en deux livres est l'œuvre d'un compilateur postérieur, qui a voulu paraître plus méthodique (1).

Quoi qu'il en soit, il est très-probable que ces trente-trois formules, qui forment dans le manuscrit 2123 un groupe à part, devaient également constituer un tout séparé dans l'original d'où elles ont été tirées. Tout se réunit donc pour démontrer que ces trente-trois formules représentent, sinon le texte primitif, du moins la partie la plus ancienne du recueil de Sirmond.

Ce n'est pas tout; à mon avis, le recueil primitif de Sirmond ne renfermait que vingt-neuf formules, et même sans l'addition que nous trouvons à la fin de la vingt-neuvième dans les éditions de Canciani et de Walter. La preuve en est dans le manuscrit 4409, où la phrase : *et onorum virorum roborandum decrevi* est suivie du mot *finit;* tout le reste, depuis la rubrique : *Et si de homicidio accusatio processerit,* a dû être ajouté postérieurement en guise d'explication ou de glose.

D'après ces données, je pense que le recueil de Sirmond, tel qu'il existe dans les éditions imprimées, se compose

(1) Si l'auteur avait eu le temps d'examiner les manuscrits d'une manière plus approfondie, il aurait certainement reconnu que le n° 2123 ne renferme pas le formulaire original de Marculfe, mais bien une compilation *composite*, pour laquelle ce formulaire a été utilisé. Quant au formulaire de Marculfe en lui-même, il ne paraît pas douteux qu'il n'ait été dès le principe divisé en deux livres. (*Note de la Direction.*)

de trois parties : la première et la plus ancienne renferme les vingt-neuf premières formules (1) ; la seconde, postérieure, mais cependant antérieure à la collection de Marculfe, renferme les formules 30, 31, 32, 33 ; la troisième, enfin, renferme les treize dernières.

Un examen attentif du recueil prouve que ce n'est pas là une simple hypothèse. En comparant les vingt-neuf premières formules avec celles qui ont été ajoutées plus tard, tant au point de vue de la langue que sous le rapport du fond, on acquiert la certitude qu'elles ont été composées sous l'empire d'autres idées que celles qui prédominent dans les suivantes. Ces premières formules, dont la langue est plus pure et plus correcte, nous introduisent au sein de la société gallo-romaine, qui n'a point encore subi le contact des barbares. Les formules suivantes, au contraire, nous montrent une société dont l'empire appartient aux Francs et dans laquelle le droit Salique et les institutions qui en découlent sont en pleine vigueur.

Passons maintenant à la question du temps et du lieu où le recueil de Sirmond a dû être composé. Quant au lieu, il me semble qu'on peut le déterminer avec toute certitude. La ville de Tours, *Turonus civitas,* est mentionnée dans les formules 3, 28 et 29, ce qui prouve que le rédacteur de la première partie du recueil habitait cette ville et travaillait en vue des besoins locaux de la Touraine, où la *lex romana* était, comme on sait, en vigueur. Il est, en outre, parlé dans la première formule de la basilique où repose le corps de saint Martin. Ces indications

(1) Il serait peut-être même possible, si l'on possédait un plus grand nombre de manuscrits anciens, d'établir que la formule 27 et la fin de la formule 28 appartiennent à une époque postérieure. (*Note de l'auteur.*)

ne se retrouvent plus dans la compilation de Marculfe, parce que l'auteur, vivant dans une autre localité, n'avait pas de raison de les reproduire. La dernière partie du recueil est également relative à la Touraine, comme le prouve le manuscrit de Varsovie. Non-seulement on y retrouve la mention de la ville de Tours et de la basilique de Saint-Martin, mais on lit à la fin une *epistola formata*, dans laquelle sont nommés Joseph, archevêque de Tours, et Frédégise, abbé de Saint-Martin. On peut donc tenir pour certain que le recueil tout entier se rapporte à la Touraine, et s'il était nécessaire d'apporter d'autres preuves, j'ajouterais que parmi les chartes relatives à l'abbaye de Saint-Martin, que possède la Bibliothèque impériale, il en existe plusieurs auxquelles les formules de Sirmond paraissent avoir servi de modèle (1).

Quant à la détermination du temps où le recueil a pris naissance, il faut d'abord tenir compte des faits suivants : La première partie date, sans aucun doute, d'une époque où la ville de Tours était régie par la loi romaine, puisque les formules 20, 22, 24, 25, 29, y renvoient expressément. L'examen approfondi de ces formules montre, de plus, que le rédacteur n'a pas eu en vue le Code Théodosien original, mais seulement l'*interpretatio* ajoutée par les jurisconsultes Wisigoths. On rencontre également dans cette première partie l'organisation municipale dans toute sa vigueur. Les formules 2, 3, 28, font mention de la *curia publica*, des *honorati*, du *defensor civitatis*. Il se pourrait même, et cela me paraît très-probable, que la formule 3 eût été rédigée avant l'occupation de la ville de Tours par les Goths, car les mots : *anno illo, regnante rege illo*, par lesquels cette formule commence dans les éditions im-

(1) Collect. Dupuy, vol. 828, f° 85.

primées, ne se rencontrent ni dans le manuscrit de Varsovie, ni dans le n° 4409 de Paris, mais seulement dans le n° 2123, et pourraient, par conséquent, être considérés comme une addition de Marculfe. En me fondant sur ces faits, je me crois autorisé à soutenir qu'un certain nombre des formules comprises dans la première partie du recueil de Sirmond appartient à l'époque gallo-romaine et que les autres sont contemporaines de la rédaction du *Breviarium* d'Alaric. Je ne saurais cependant nier que quelques-unes de ces formules aient pu être composées un peu plus tard, par la raison qu'après la chute de la domination des Goths sur la Touraine, le *Breviarium* n'en resta pas moins la loi de toute la population romaine dans ce pays.

Les invasions des ennemis, mentionnées dans la formule 28, se rapportent-elles aux guerres entre Chilpéric, roi de Neustrie, et Sigebert, roi d'Austrasie, qui ont eu lieu dans les années 567, 568, 573 et 575, comme le pense M. de Rozière (1)? Il faudrait alors reconnaître que la première partie du recueil, ou tout au moins la formule 28, est postérieure au temps que je lui ai assigné. Je crois, cependant, que l'opinion de M. de Rozière est contestable. Il est possible, en effet, que le rédacteur de la formule ait eu en vue les premières invasions des Francs avant la conquête complète du pays; peut-être même prenait-il le mot *hostis* dans une tout autre acception.

Quoi qu'il en soit, la première partie du recueil de Sirmond est incontestablement empreinte des idées romaines et a dû être composée dans un temps où l'esprit romain pénétrait encore la société tout entière, c'est-à-dire au commencement du VIe siècle.

(1) Cf. *Recueil général des formules*, I, 498, note *a*.

Les formules 30, 31, 32, 33, qui, selon nous, forment la seconde partie, ne sont pas beaucoup moins anciennes, bien qu'elles appartiennent à une époque où les formes et l'organisation judiciaire des Francs étaient déjà appliquées dans la Touraine. Les récits de Grégoire de Tours déterminent cette époque avec précision. Dans tous les cas, ces quatre formules ne sauraient être postérieures à la moitié du VIIe siècle, puisque Marculfe les a insérées dans sa compilation.

Il est plus difficile de fixer l'époque où la troisième partie a été rédigée. On peut affirmer seulement, en se fondant sur le manuscrit de Varsovie, que cette troisième partie existait et fut ajoutée aux deux premières avant la fin du VIIIe siècle. La preuve en est dans l'*Epistola formata* mentionnée plus haut, et qui nous reporte aux premières années du IXe siècle, puisque Joseph fut archevêque de Tours de 792 à 815, et que Frédegise avait succédé à Alcuin, comme abbé de Saint-Martin, en 807.

R. DE HUBE,

Sénateur à Varsovie.

ESSAI HISTORIQUE

SUR

LA LÉGISLATION DU DOUAIRE

DANS LE DROIT GERMANIQUE.

INTRODUCTION.

Le douaire a son origine dans la législation des Germains ; cette origine est complexe, c'est-à-dire que le douaire se rattache principalement à la coutume germanique de la *Dos* et partiellement à celle du *Morgengabe*, modifiées et transformées par diverses causes, par le droit romain, le droit canonique et le droit féodal. Du reste, c'est le sort commun de toutes les institutions germaniques, qui durent nécessairement subir l'influence des législations contemporaines, et aussi se modifier suivant la nouvelle civilisation de la période féodale. Rattacher une institution à une seule cause, c'est en général commettre une grave erreur ; chaque institution emprunte quelque chose au siècle qu'elle traverse, grandissant ou diminuant suivant que les besoins dont elle est l'expression augmentent ou diminuent, modifiée ou transformée suivant cette loi par des influences nombreuses.

L'influence du droit romain fut en même temps une cause de progrès et d'affaiblissement pour le douaire. Et d'abord ce fut une cause de développement : le côté historique le plus curieux de cette question des emprunts faits au droit romain, c'est selon nous l'influence que ce droit a exercée indirectement sur l'organisation du douaire légal, au moyen du droit de succession en usufruit à

Les formules 30, 31, 32, 33, qui, selon nous, forment la seconde partie, ne sont pas beaucoup moins anciennes, bien qu'elles appartiennent à une époque où les formes et l'organisation judiciaire des Francs étaient déjà appliquées dans la Touraine. Les récits de Grégoire de Tours déterminent cette époque avec précision. Dans tous les cas, ces quatre formules ne sauraient être postérieures à la moitié du VIIe siècle, puisque Marculfe les a insérées dans sa compilation.

Il est plus difficile de fixer l'époque où la troisième partie a été rédigée. On peut affirmer seulement, en se fondant sur le manuscrit de Varsovie, que cette troisième partie existait et fut ajoutée aux deux premières avant la fin du VIIIe siècle. La preuve en est dans l'*Epistola formata* mentionnée plus haut, et qui nous reporte aux premières années du IXe siècle, puisque Joseph fut archevêque de Tours de 792 à 815, et que Frédegise avait succédé à Alcuin, comme abbé de Saint-Martin, en 807.

R. DE HUBE,
Sénateur à Varsovie.

ESSAI HISTORIQUE

SUR

LA LÉGISLATION DU DOUAIRE

DANS LE DROIT GERMANIQUE.

INTRODUCTION.

Le douaire a son origine dans la législation des Germains ; cette origine est complexe, c'est-à-dire que le douaire se rattache principalement à la coutume germanique de la *Dos* et partiellement à celle du *Morgengabe*, modifiées et transformées par diverses causes, par le droit romain, le droit canonique et le droit féodal. Du reste, c'est le sort commun de toutes les institutions germaniques, qui durent nécessairement subir l'influence des législations contemporaines, et aussi se modifier suivant la nouvelle civilisation de la période féodale. Rattacher une institution à une seule cause, c'est en général commettre une grave erreur ; chaque institution emprunte quelque chose au siècle qu'elle traverse, grandissant ou diminuant suivant que les besoins dont elle est l'expression augmentent ou diminuent, modifiée ou transformée suivant cette loi par des influences nombreuses.

L'influence du droit romain fut en même temps une cause de progrès et d'affaiblissement pour le douaire. Et d'abord ce fut une cause de développement : le côté historique le plus curieux de cette question des emprunts faits au droit romain, c'est selon nous l'influence que ce droit a exercée indirectement sur l'organi
légal, au moyen du droit de succ

de mutation, qui ne furent mis à sa charge que dans le droit des coutumes. De même pour l'obligation de donner caution. Au contraire, déjà au XIIIe et au XIVe siècle, elle devait acquiter le cens. Mais à cette époque, du moins au XIVe siècle, elle était encore investie des droits honorifiques qu'elle perdit dans le droit coutumier. Et aussi, dans le droit coutumier, après l'abrogation en 1606 et 1664 du sénatus-consulte Velléien, la femme put valablement consentir à l'aliénation de l'héritage chargé du douaire, quand même elle n'aurait pas trouvé d'autres biens dans la succession de son mari pour se dédommager.

Le droit canonique exerça également son influence sur le douaire, et c'est à cette influence que le droit des enfants au douaire dut son origine. Ce fut le droit canonique qui inspira le capitulaire de Clovis, d'après lequel le mari ne peut disposer de la dot de la première femme en faveur de la seconde ; qui fit de la constitution du douaire le préalable du mariage, en assujettissant le mari à déclarer, *ante ostium ecclesiæ*, devant l'*huis du moustier*, et avant la bénédiction nuptiale, qu'il constituait un douaire à sa femme; qui rendit certaine et inévitable la constitution de ce douaire, en proclamant que la bénédiction nuptiale et la publicité seraient une condition absolue de la validité du mariage ; qui amena l'abrogation du principe germanique de l'achat de la femme, et prépara comme conséquence la confusion de la dot et du morgengabe, en substituant au mariage par l'achat, le mariage par la célébration ecclésiastique, et en corrigeant le caractère trop primitif du *pretium defloratæ virginitatis*. Ce fut grâce à l'influence du droit canonique que les cours d'églises, éclairées et savantes protectrices des intérêts de la femme, purent prendre connaissance des causes intéressant le douaire.

C'est enfin au droit canonique et à la distinction qu'il établit entre le *matrimonium ratum* et le *matrimonium consummatum* qu'il faut recourir pour comprendre le véritable sens de la maximé : « *Au coucher la femme gagne le douaire.* » C'est également le droit canonique dont le respect pour le serment fit introduire le principe que la femme ne pourrait plus revenir sur l'aliénation faite par le mari des biens du douaire, si elle avait juré.

Le système féodal trouvant l'institution du douaire, ne l'accepta pas d'abord sans résistance. Le Miroir de Saxe ne permit pas qu'un fief pût être grevé du douaire de la femme ; les *Libri feudorum* eurent une jurisprudence analogue (6). Enfin le Pape lui-même, malgré la mission de protection et de défense que s'était donnée le Saint-Siége, au moyen âge, ne crut pas pouvoir étendre jusqu'aux fiefs le droit de la femme (7). Plus tard, ces principes rigoureux fléchirent ; les fiefs purent être grevés du douaire (8). Mais on chercha à concilier les intérêts de la femme avec les nécessités du droit féodal par des équivalents et des transactions dont le plus fameux fut le douaire *de la plus belle* admis en Angleterre. En France et dans le droit d'Orient des Assises, le douaire ne put porter sur les biens du royaume, des comtés et baronnies, ni sur les biens donnés à l'époux par le roi ; le droit d'habitation de la femme, accessoire du douaire, ne put s'exercer dans une forteresse commandant une province. Toutefois, tandis que dans le droit anglo-normand le mari pouvait

(6) Sachsensp., III, 75 ;—Feudor. I, 9, § 1.—(7) Décret. IV, 20, c. 6. On sait que le St-Siége joua un rôle important dans la célèbre querelle entre Jean-sans-Terre et la reine Bérengère, au sujet du douaire que réclamait cette princesse. Rymer, *Acta publica*, T. I, p. 152.— (8) Miroir de Souabe, 188. Constitut. Neapolit. Lib. III, T. 13 et 15. (Canciani, T. I, p. 360.)

forfaire le fief au préjudice de la femme, la condamnation du mari, en France, ne put nuire à la douairière. Enfin, nous verrons aussi que la veuve d'un gentilhomme rencontra un adversaire dans le fils aîné, dont le privilége issu du droit féodal dut être respecté par son douaire; lutte dont nos coutumes ont conservé des traces jusque dans le XVIIIe siècle.

Le douaire sortit vainqueur de sa lutte contre le droit féodal. Le droit de la femme l'emporta sur les exigences de la féodalité, dans les cas où la conciliation était impossible. C'est ainsi que nous verrons également la femme obtenir un droit de propriété sur les immeubles composant le douaire, dans plusieurs lois barbares, malgré la copropriété des membres de la famille.

Enfin nous verrons s'accomplir, dans notre droit coutumier, une grande transformation du douaire procédant de causes et d'influences différentes. A partir du XVIIe siècle, le douaire put être exclu par contrat de mariage, contrairement à tous les précédents historiques.

Mais ce qu'il importe de maintenir, et ce que nous maintenons au début de cette étude, c'est l'origine germaine du douaire, qui contenait en germe presque tous les développements que nous rencontrerons plus tard, et que nous croyons avoir été plutôt accélérés qu'inventés, si nous pouvons parler ainsi, par l'influence du droit romain et du droit canonique. Nous trouvons dans Tacite l'achat du *mundium*, le prix de cet achat remis à la femme et la transmission aux enfants.

Sur toutes ces parties de notre institution, le droit canonique et le droit romain exercèrent leur double influence, comme nous l'avons dit plus haut; mais tous les développements qui suivirent et se préparèrent sous cette double influence, étaient contenus en germe, croyons-

nous, dans le droit purement germanique, dont les tendances sur la dot sympathisaient avec l'esprit du droit canonique et du droit romain, qui ne furent en conséquence sur beaucoup de points que de simples auxiliaires (9).

CHAPITRE Ier

Nous devons, en étudiant les origines du douaire, parler de la dot, et la dot du droit germanique ne peut se comprendre que par la connaissance des principes qui régissaient alors l'organisation de la famille.

Dans l'histoire du droit, la famille revêt deux organisations très-distinctes. Tantôt c'est une institution politique, une petite société que le chef seul représente auprès de l'Etat, dont il est seul le pontife, le magistrat, le maître, absorbant ainsi en lui toutes les personnalités, toutes les individualités, et réunissant le pouvoir religieux au pouvoir judiciaire. Cette première organisation de la famille est entièrement politique. Ou bien c'est une institution de droit naturel, reliant les unes aux autres les personnes qui ont une origine commune. La première organisation de la famille est celle des temps les plus reculés de l'histoire, celle des peuples de l'Asie, celle des peuples primitifs de l'Italie, entre autres du peuple romain, chez lequel la famille est une institution qui ne repose pas sur le droit naturel, mais sur des considérations presque exclusivement politiques. A Rome, comme en Asie, le chef de famille réunit tous les pouvoirs dans sa

(9) Voy. le rapprochement très-curieux que fait Ozanam entre le droit primitif de Rome et le droit germanique, *Œuvres complètes*, T. III, p. 148 et 29.

main. Vis-à-vis de l'Etat, il représente seul la famille, qui n'existe ainsi que dans la personne du *paterfamilias*. Comme en Asie, il est le pontife, il est le magistrat, et avec des pouvoirs absolus, puisqu'il peut tuer sa femme *ex justâ causâ* et qu'il a droit de vie et de mort sur ses enfants (1). A une époque plus rapprochée, dans laquelle le droit primitif s'était cependant adouci, nous retrouvons encore pour le père de famille le droit de vendre ses enfants comme des esclaves (2). En sortant de la famille, l'enfant devient étranger à ses parents. Il ne leur est plus rien, dès qu'il n'est plus sous la puissance du chef, *sub potestate*.

L'organisation de la famille, chez les Germains, se base au contraire sur le droit naturel. Tous les droits naturels procèdent de la naissance, des liens du sang, et non plus de la *potestas* (3). Par suite, ces droits de famille se maintiennent et persistent, alors même que l'enfant n'est plus sous la puissance du père. Ainsi le fils émancipé conserve tous ses droits d'hérédité à la succession de ses parents, parce que ces droits procèdent des liens du sang, indépendamment de la subordination des enfants au père. Il en est de même des droits politiques, dont est capable tout homme majeur (4). Un second caractère remarquable de cette constitution de la famille germaine, c'est que

(1) Cod., Lib. VIII, T. 48, L. 10. — Lib. IX, T. 18, L. unic, et Lib. XLVIII, T. 8, L. 2.

(2) Cod., Lib. VIII, T. 38, L. 2.

(3) Il ne faudrait pas croire cependant que le principe d'autorité dans la famille germaine ne fût pas énergique et dur. Le droit d'exposition existait en Germanie, sauf dans la loi des Wisigoths, pénétrée par l'influence de l'Église, et qui défendait aux parents de vendre leurs enfants ou de les donner en gage. L. Visig. L. V, T. 4, 12, et Ozanam, T. III, p. 115 et 117, en notes.

(4) Grégoire de Tours, VII, 93.

c'est la famille qui est propriétaire des biens, la famille, être moral et de pure abstraction. Les *propinqui* n'ont que la jouissance momentanée de ces biens ; d'où l'exclusion du testament, le droit de retrait et le privilége de masculinité (5). Un troisième caractère de la famille germaine, c'était cette protection toute spéciale dont on entourait, dans la famille, l'enfant mâle jusqu'à sa majorité, la fille pendant toute sa vie, et aussi cette puissance maritale que le mari exerçait sur sa femme. Cette protection du père sur les enfants, du mari sur la femme, voilà ce qui constitue le *mundium* dans la législation des Germains (6).

Nous arrivons ainsi au mariage. Dans toutes les législations barbares, c'est-à-dire au début de toutes les civilisations, le mariage est envisagé au même point de vue : c'est un achat. Le mari achète sa femme. Dans le droit romain, nous rappellerons le mariage *per coemptionem* de la législation primitive. Dans la loi des Saxons, une des lois qui ont le mieux conservé l'empreinte barbare, nous voyons que le futur mari doit payer à la famille de sa femme une somme de 300 sous d'or. La loi des Anglo-Saxons exprime brutalement ce point de vue dans une phrase pleine d'énergie. La loi des Burgondes a conservé aussi des expressions qui rappellent parfaitement la pratique ancienne, d'après laquelle le mari achetait sa femme. L'argent qu'il donne est appelé *pretium uxoris* (7). Le principe de l'achat n'est pas douteux non plus chez

(5) Tacit. *German.* 20. — L. Salica. T. LXI, *de chrenecruda*, et T. LXIII, *de eo qui se de parentellâ tollere vult.* — L. Sax. T. XV, 3 et T. XVII, *de exulibus.*

(6) Edict. Rotharis, 165.

(7) L. Sax. T.VI, § 1; X, § 1; XII, § 3 ; § XVIII; § 1.—L. Ethelbert. 76.— L. Lomb. XI, 2. — L. Burgund. T. XIV, 3, XXXIV, 2, addit. T. XIV.

les Francs. Nous citerons comme preuve le titre 70 de la loi Salique, qui exige, au moment des fiançailles, la présence des parents, et dont la rubrique porte : « *De eo qui filiam alienam acquisierit et se retraxerit.* » Enfin, l'achat du *mundium* de la veuve (8). C'est sans doute encore par souvenir de l'ancien état de choses que toutes les lois barbares forcent le raviseur de payer au père le *mundium* de la fille enlevée. Dans le droit primitif, le mariage n'était en réalité qu'un enlèvement consenti. Mais bientôt, grâce à l'influence du Christianisme, ce ne fut plus la possession du corps de la femme qui fut achetée par le mari. Il acheta le *mundium*, c'est-à-dire le droit de protéger cette femme, comme épouse (9). Le transport du *mundium* de la famille de la femme à la personne du mari, voilà l'objet de la transaction, voilà ce que le mari acquiert, et ce qu'il paie ; ce n'est plus que par un souvenir symbolique de ce qui avait lieu autrefois que les anciennes formules nous représentent la mariée comme vendue par ses tuteurs à son nouvel époux. Et du reste, ce point de vue, malgré l'atténuation, était destiné à s'effacer encore et à se perdre sous l'influence de l'Eglise. Le prix du *mundium* fut d'abord naturellement payé à la famille. C'est ce que constate encore la loi des Saxons, au moment de sa rédaction écrite, et aussi la loi des Anglo-Saxons, enfin par partie la loi des Burgondes (10). Mais dans les autres lois barbares, par une évolution naturelle de la législation, on en vint à attribuer aux

(8) Bign. form. 5, et Fredeg. *Epitom.* T. XVIII.

(9) Mais nous croyons que Schrœder se trompe, en prétendant que l'achat a toujours et uniquement porté sur le *mundium*. Shrœder, p. 4, note 15. Ce point de vue est démenti par les textes des lois barbares. Vid. supr. note 7

(10) Vid. supr. not. 7.

femmes elles-mêmes le prix du *mundium*, qui primitivement était remis à la famille; et ce prix du *mundium*, ainsi attribué à la femme par le mari, emprunta le nom de *dot* à l'institution romaine qui en était précisément la contre-partie, puisque dans le droit romain, la *dot* était apportée au mari par la femme; les Germains manquaien de mots pour exprimer dans la langue romaine leurs institutions.

Avant de justifier par des textes la transformation que nous venons de signaler, il ne sera pas inutile d'expliquer l'utilité de cette dot que le mari constituait à la femme dans la législation germaine. La femme, dans cette législation, pouvait succéder; elle pouvait même, ceci est certain, succéder dans certains cas aux héritages. Et d'abord, les parures, les colliers, les vêtements de la mère, les *geradœ* appartenaient aux filles par préférence aux fils (11), qui les primaient dans la succession aux terres (12). On peut même soutenir que ce privilége de masculinité n'excluait les femmes des propres, des alleux, (*hereditatibus*), qu'au même degré (13). Mais il est certain que la femme germaine, si elle avait reçu une donation de sa famille, était désormais exclue de toute succession, même mobilière, qui viendrait à s'ouvrir dans cette même famille ; règle, du reste, qui s'est perpétuée

(11) L. Burgund. T. LI, 3. Cf. Schrœder, 39, 48, 73.

(12) L. Angl. T. VI ; L. Sax. T. VII, 1. Cf. Marc. form. 11, 12. On comprend la dérivation du privilége de masculinité. Ce sont les mâles qui sont les défenseurs naturels des biens appartenant à la famille. Il a paru naturel de les intéresser à cette défense, en leur accordant des avantages considérables.

(13) L. Salic. T. LVIII et T. LXII, § 6. — L. Rip. T. LVI.— L. Alam. T. LVII.—Du reste la loi des Wisigoths pénétrée par l'influence romaine admettait également tous les enfants à la succession, sans distinction de sexe. L. Visig. L. IV, T. 2 et L. IX.

et transmise jusque dans notre droit coutumier, et qui s'exprimait par une formule célèbre : « La fille était exclue « des successions des père et mère quand même elle n'au- « rait reçu en dot *qu'un chapel de roses* » (14). On comprend qu'à la femme ainsi privée de ses droits successoraux, le mari devait une compensation. Cette compensation, c'était la *Dos*, c'est-à-dire le prix du *mundium*, transporté de la famille de la femme à la femme elle-même.

Il nous reste à vérifier cette théorie par les textes. Nous invoquerons d'abord le célèbre passage de Tacite, dans lequel certains auteurs ont cru voir l'origine de la communauté. Ce texte renferme l'origine du douaire, et même, comme nous le verrons plus tard, certaines lois barbares sont vraiment en retard sur la législation du passage de Tacite :

« Dotem, non uxor marito, sed uxori maritus offert. « Intersunt parentes et propinqui ac munera probant; mu- « nera non ad delicias muliebres quæsita, nec quibus nova « nupta comatur; sed boves et frenatum equum et scutum « cum frameâ gladioque. In hæc munera uxor accipitur, « atque invicem ipsa armorum aliquid viro adfert. Hoc « maximum vinculum, hæc arcana sacra, hos conjuga- « les Deos arbitrantur. Ne se mulier extra virtutum cogi- « tationes extraque bellorum casus putet.... accipere se « quæ liberis inviolata ac digna reddat, quæ nurus acci- « piant rursusque ad nepotes referant. » Tacit., *de morib. Germ.*, cap. XVIII.

(14) Rotharis, 181 — L. Alam. T. LV. — Baiuv. T. VII, cap. 4. Marc. form. 10, 11, 12.—Anjou, 241.—Touraine, 284. - Londunois, 27, art. 26.—Maine, 258.—Auvergne, 12, art. 25.—Poitou, 220.—Normandie, 269 et 251.—Lebrun, des Succ., L. III, ch. 9, sect. 1. Il y avait cette différence entre la femme noble et la femme roturière que la noble était exclue de plein droit, tandis que la roturière n'était exclue qu'au cas où elle avait renoncé à la succession.

Ainsi, déjà du temps de Tacite, la *Dot* était remise à la femme (15). Mais les précédents et la marche du droit à partir de l'achat de la femme à la famille sont faciles à reconnaître. En effet, on remarquera que la présence des ascendants ne suffit pas, et qu'il faut encore celle des proches. Il s'agit donc bien du transport du *mundium* de la famille de la femme au mari, transport payé par la *Dos ;* et c'est pour cette raison que les proches doivent être présents, que toute la famille doit être présente, et non pas seulement les ascendants. Nous croyons que c'est la seule explication qui puisse convenir à ces mots : « *Intersunt parentes et propinqui ac munera probant.* » S'il ne se fût agi que du consentement à donner, les parents seuls seraient intervenus. Et ainsi s'explique également la bizarrerie des objets donnés. Ces objets donnés ne sont plus bizarres si l'on considère que c'était le *pretium nuptiale* payé à la famille de la femme pour prix du *mundium*. Du reste, au temps de Clovis et même de Charlemagne, comme au temps de Tacite, le futur époux apportait encore en présent à sa fiancée des chevaux, des troupeaux, des armes (16).

Nous arrivons maintenant aux lois barbares. Dans quelques-unes de ces lois, comme nous l'avons fait remarquer plus haut, le prix du *mundium* est encore payé à la famille. Nous faisons allusion aux lois des Anglo-Saxons et des Burgondes. Et sous ce rapport elles sont en retard sur le droit que nous révèle Tacite. Mais dans les autres

(15) A moins que Tacite n'ait confondu le *pretium nuptiale* avec le *morgengabe*. Il n'a vu peut-être qu'une seule opération là où il y en avait deux, et il a attribué, par suite de cette erreur, le *pretium* qui revenait aux parents de la femme à cette femme elle-même. Cf. Schrœder, p. 87 ; Gaupp. *Recht der alten Sachsen*, 188.

(16) E. de Rozière, Rec. de formules, p. 224, 246. — Schrœder, p. 20, note 4, — Formul. ad Roth. 196.

lois, ce prix est attribué à la femme et constitue sa *Dos*. C'est ainsi que chez les Francs Saliens nous trouvons bien encore le prix du *mundium* payé à la famille ; mais cet achat du *mundium* n'est plus que fictif. Il se réalisera pour la jeune fille au moyen du sou et du denier (17). En outre, nous croyons qu'une dot devait être constituée principalement à la femme. Une formule de Canciani prouve que la *Reipus* payé par le second mari n'empêchait pas ce second mari de constituer une dot à sa femme (18). En un mot, ce prix était purement symbolique. Il l'était déjà du temps de Clovis, qui fit remettre au père de Clotilde le sou d'or et le denier (19). Ce sou d'or et ce denier de la loi Salique rappellent le lingot d'airain avec lequel l'époux, dans l'ancienne Rome, frappait le plateau de la balance (20). Aujourd'hui encore, au moment de la bénédiction nuptiale, l'époux donne à l'épouse une pièce d'argent ; c'est un souvenir de l'ancienne coutume Franque (21).

Dans la loi des Bourguignons, la jeune fille qui se marie reçoit le tiers du wittemon (22.) La femme qui se marie pour la seconde foi restitue ce tiers aux héritiers du premier mari, et reçoit intégralement le wittemon des mains

(17) Form. Bign. 5. — (18) Canciani, II, 477 : « Quo facto, tum « Fabius eam subarret annulo, et post tradatur cartula donationis « et dotis, et scripta ibi legantur. »

(19) Fredeg. Greg. Turon. Epitom. cap. 18. (ap. Bouquet, II, 399).

(20) L. Visig. Lib. III, T. 1, 3. — L. Luitp. V, 1.

(21) D'après une conjecture de Schrœder, les Francs Ripuaires auraient, eux-aussi, connu un prix symbolique du *mundium*. Schrœder, p. 51, not. 1.

(22) Kraut, *Vormundschaft*, I, 306 ; Gaupp, 175 ; Schrœder, p. 37, pensent que si la jeune fille est sous le *mundium* de son père ou de son frère, elle n'a pas le droit de leur réclamer ce tiers. Ceux-ci seraient libres de le lui abandonner ou de le conserver. L. Burg. 66, § 1, 2.

du second mari, puisqu'elle n'est plus soumise au *mundium* de personne et qu'elle est *sui juris*. Celle qui se marie pour la troisième fois n'est pas même obligée de restituer ce wittemon aux héritiers du second mari. Elle conserve donc entièrement le wittemon de son deuxième mari et le wittemon de son troisième mari (23). Or chez les Burgondes le wittemon n'est pas autre chose que le prix du *mundium* (24).

Arrivons à la loi Lombarde ; les mots, *meta, mephio*, comme l'indiquent les textes et l'étymologie, désignaient le prix du *mundium* payé sous Rotharis au mundoald de l'ingenue et au maître de la femme appelée *aldia*. Seulement, parmi les interprètes, les uns prétendent que le mundoald, du temps de Rotharis, restituait ensuite le prix du *mundium* à la *sponsa*, et les autres qu'il le conservait. Ce qui est certain, c'est qu'au VIIIe siècle ce prix était payé directement à la femme ingénue elle-même (25). A cette époque, il n'était même plus question d'achat du *mundium*. Toutefois, comme chez les Francs Saliens, on avait conservé en souvenir de l'ancienne coutume une opération symbolique. Le mundoald recevait un prix symbolique, le *launegild*, qui consistait en une épée et un bouclier (26).

La loi des Wisigoths, elle aussi, fournira un argument décisif au système que nous exposons. Nous tirerons notre argument du Lib. III, t. 1, § 6, dans lequel nous voyons que le père a le droit d'exiger et de conserver la *dot*, et

(23) L. Burg. 42, 82 ; 66; 89; 86. — Schrœder, 39, note 15. — Kraut, 1, 305 et suiv. — Rive, 32 et 33.

(24) L. Burg. addit. 1, 14 ; et L. 66, 69, 86, § 2.

(25) Luitprand. 89, 103, 114, 129 ; Aist. 14. Cf. Schrœder, p. 7 et suiv.

(26) Form. ad Roth. 182, 166 ; et vid. Canciani, II, 477. — Murat. *Antiq. italic.* II, 270.

qu'à défaut du père et de la mère, ce sont les frères ou les plus proches parents qui sont investis de ce droit, sous l'obligation de restituer intégralement cette *dot* à la jeune fille. Il est impossible de mieux marquer que ce texte la transformation du droit primitif. Ce droit pour le père, pour les frères et les proches d'exiger et de conserver la dot est évidemment un souvenir de l'ancienne attribution du prix à la famille, lequel doit maintenant être restitué à la femme.

Cette théorie sur le prix du *mundium*, devenue la dot et ensuite le douaire, est aujourd'hui presque universellement admise en France et en Allemagne (27). En 1856, M. Rive, dans une savante dissertation, s'est inscrit contre cette doctrine et a exposé à l'appui de la théorie conraire un grand nombre d'arguments qui nous ont paru très-ingénieux, mais trop subtils, et dénaturant le *sensus obvius* des textes. M. Rive, dans son argumentation, pour échapper aux textes de la loi des Wisigoths sur le *pretium dotis*, qui condamnent sa théorie de la distinction complète et originaire de la dot et de l'achat du *mundium*, n'hésite pas à soutenir que le *mundium* n'existait pas dans cette loi (28). Nous croyons que c'est faire violence aux textes les plus clairs.

Ainsi, nous trouvons le point de départ de notre douaire dans ce prix du *mundium*, payé primitivement à la famille et attribué ensuite à la femme, dans cette *dos*, ce *wittemon*, cette *meta*, ce *ceap, sceat*, dont parlent les lois barbares, coutume identique sous des noms différents (29).

(27) Kraut, I, 315. — Grimm, *Deutsche Rechtsalterthümer*, p. 420. — Eicborn, *Deutsche Staats und Rechts Geschichte*, § 54 et 62. — Gaupp, p. 173, — Schrœder, p. 81. — Pardessus, 666.— Ginoulhiac, 198.

(28) Rive, p. 19 à 60.

(29) Sur l'achat du *mundium* dans les lois Anglo-Saxonnes

Nous ne croyons pas qu'on puisse vouloir chercher au douaire une origine romaine dans la *donatio propter nuptias*. En effet, la *donatio propter nuptias* n'était pas une condition essentielle du mariage, tandis que nous verrons le mari obligé de *douer* sa femme à la porte de l'église. Il est vrai que Justinien a exigé dans ses Novelles que la dot apportée par la femme eût toujours pour corrélatif une *donatio propter nuptias*. Mais il résulte de là que la femme qui n'a pas apporté de dot n'a pas droit à une *donatio propter nuptias* (30). Il est vrai également que Justinien établit au profit de la femme non dotée, parce qu'elle était pauvre, un droit au quart des biens laissés par le mari. Mais il faut que la femme soit pauvre, tandis que sous le régime du douaire, toute femme, par cela seul qu'elle est mariée, a droit au douaire (31). Cette *donatio propter nuptias* se naturalisa dans les pays de droit écrit sous le nom d'*augment de dot*.

Nous ne donnerons pas non plus au douaire une origine gauloise. C'est en vain qu'on voudrait invoquer en faveur d'une semblable origine la célèbre phrase des Commentaires de César, dans laquelle on a cru aussi découvrir les origines de la communauté; il ne s'agit pas ici d'un douaire, attendu que le douaire est un droit d'usufruit ou de propriété sur les biens du mari seulement. Or, d'après la coutume que nous révèle César, les deux époux mettent en commun, aussi bien la femme que le mari, un apport égal. Ce capital est exploité concurremment

vid. Ethelbert. L. 77, 82. — Ine. L. 31. — Cn. 11, 74 ; et la dissertation de Schrœder sur ces lois, p. 25 et suiv. Vid. le même auteur sur les lois des Frisons, p. 33.—(30) Au contraire, le douaire coutumier ne laissait d'être dû, *ores que la femme n'eût rien apporté*. Loysel *Instit. coutum.* Lib. I, T, III, 152. — (31) Instit. II, VII. § 3. — Cod, *de Don. ant. nup.* V, 3, 19. — Novel. 22, cap. 18 ; 53, 6 ; 97, 2 ; 117, 5.

par les deux époux, et les intérêts sont réservés ; enfin, capital et fruits sont gagnés par le survivant, qui exclut les héritiers du prédécédé (32). Ainsi, apport égal, attente égale, don fait par le prédécédé, voilà les éléments de ce régime gaulois qu'on peut rapprocher curieusement du don mutuel de notre droit coutumier, en tant qu'institution analogue, mais non pas, du reste, à ce que nous croyons, en tant qu'institution originaire. L'analogie existe, mais il n'y a pas filiation (33).

Il nous faut maintenant parler d'une autre coutume germanique, très-différente de la dot, à l'origine, procédant d'une autre cause, et qui finit cependant, comme nous le verrons plus tard, par se confondre avec elle dans certaines législations, ou du moins, par communiquer à cette dot quelquels-uns des traits qui caractérisent le douaire dans la législation postérieure. Nous voulons parler du *Morgengabe*. Nous ne rencontrons pas dans Tacite sur le morgengabe des renseignements analogues à ceux qu'il nous donne sur la dot (34). Il confondait sans doute ces deux institutions, ce qui explique son silence sur cette seconde coutume des Germains. Mais nous trouvons le morgengabe dans presque toutes les lois barbares et dans les historiens des premiers temps de la monarchie (35).

(32) » Viri quantas pecunias ab uxoribus, dotis nomine, acceperunt, ex his bonis, estimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omnis pecuniæ conjunctim ratio habetur, fructusque servantur. Uter eorum vita supererit, ad eum pars utrius cum fructibus superiorum temporum pervenit. Comment. VI, 19.

(33) Cout. de Paris, art. 280.

(34) A moins que Tacite, dans ce texte célèbre, ne parle du morgengabe sous le nom de *Dos*. Vid. supr. note 15.

(35) Murat. *Antiq. med. æv.* T II, dissert. 20, in princip. — L. Rip T. XXXVII, § 1.—L. Alam. T. LVI, § 2. — Greg. Turon. Lib. IX, cap. 20. — L. Lomb., Lib. II, 1, et L. Luitpr. 49. — Pardessus, Diplom. T. I, Pact. pacis int. Gunt. et Child. et Bruni-

Si la loi des Bavarois et celle des Wisigoths n'ont aucun texte qui fasse allusion à cette coutume, c'est que ces deux législations étaient trop pénétrées par l'influence du droit romain. Et, du reste, s'il n'est pas question du morgengabe dans la loi des Wisigoths, il en est parfaitement question dans les formules wisigothiques, éditées par M. de Rozière (36). La loi des Saxons ne parle pas non plus du *morgengabe*, mais seulement de la *dot*. Faut-il en conclure que le morgengabe avait disparu de cette législation quand elle fut rédigée par écrit? Ce serait, croyons-nous, une erreur. Nous avons vu que dans la loi des Saxons le prix du *mundium* était encore payé à la famille. Cependant, cette loi nous parle d'une dot constituée à l'épouse. Sans doute cette dot, sous un nom impropre, n'est autre chose que le morgengabe, d'autant plus que, par un argument en sens inverse de celui que nous avons présenté tout à l'heure, nous pouvons dire que l'inexistence du morgengabe dans une législation aussi essentiellement germanique que celle des Saxons serait vraiment extraordinaire.

Le morgengabe était un présent que l'époux faisait à l'épouse le lendemain du mariage, *alia die, post noctem nuptialem*, disent les textes, tandis que la dot était constituée *ante diem nuptiarum*. Toujours d'après ces mêmes textes, c'était le *pretium pulchritudinis*. Il n'était donné qu'à la jeune fille, et nous ne connaissons pas un seul texte des lois barbares de notre période attribuant un morgengabe à la veuve qui se remarie ; ce qui l'a fait appeler par nos commentateurs *pretium delibatæ virginitatis*, définition qui ne convient nullement au douaire (37).

child. reginam. — L. Sax. 8.—L. Burgund. 42, 2; 34 ; 24.—Add. — Rive, p. 55 et Schrœder, p. 109.

(36) Form. Wisigoth. 20.

(37) Baluz. Append. 43. — Grégor. Turon, Lib. IX. cap. 20

En outre, comme nous l'avons déjà dit, le morgengabe n'était pas général ainsi que la dot ; il était purement facultatif. Il n'y avait pas de morgengabe légal (38), tandis que nous rencontrerons bientôt un douaire légal, dans certaines lois des Germains. Enfin la validité du mariage ne dépendait pas de sa constitution, comme de la constitution d'une dot sous l'influence du droit canonique. Telles sont les principales différences qui séparent le morgengabe de la dot, sur lesquelles d'ailleurs nous aurons occasion de revenir.

Nous devons aussi parler d'une espèce de contre-partie de la dot, c'est-à-dire d'une donation qui était faite par la future à son fiancé, et à laquelle aurait convenu, à bien plus juste titre, ce nom de *dot* emprunté par les Germains à la législation romaine (39). Il en est question dans Tacite. Et à ce propos, nous remarquerons que c'est une erreur de prétendre, comme Laferrière, que l'usage de doter les filles était le contre-pied des idées germaniques (40). Cet usage existe certainement en germe. Ce que la femme apporte ainsi au mari est appelé *faderfium*, dans la législation des Lombards, et prendra plus tard le nom de *maritagium* dans le droit du moyen âge. Le mari, pendant le mariage, avait l'administration du *faderfium*, qui représentait tous les droits de la femme aux successions de la famille, et en vertu du *mundium*, à la mort de cette femme, il avait un droit de succession sur cet apport. Nous ne croyons pas que le *faderfium*, à la mort de

L. Alam. 55 ; Rotharis, 1, 18 et 199. Plus tard le morgengabe, par suite de la confusion avec la dot, put être constitué avant le mariage. C'est ce qui résulte de plusieurs chartes Lombardes. Murator. *Antiquit. med. æv*, T. II, 20.

(38) Sauf dans la législation lombarde du moyen âge.

(39) Marc. form. 10, 11, 12. — L. Longob. Rothar., 132 et 181.

(40) Laferrière, Hist. du Dr. fr. T V, p. 642.

la femme, revînt à la famille du donateur, et, si le donateur n'était représenté par aucun parent, au fisc. Cette législation n'est applicable, pensons-nous, que dans le cas où le mari a tué sa femme; en un mot, c'est une peine décrétée contre lui (41). Nous retrouvons, au moyen âge, ce *maritagium*, qui était donné aussi bien au second mariage qu'au premier.

Pour terminer ce tableau du régime des biens entre époux vivant sous les lois germaniques, nous devons nous occuper du droit de succession que certaines de ces lois reconnaissaient aux veuves sur les biens de leurs maris. Nous ne ne croyons pas sortir ainsi du cadre de notre étude, car nous prouverons plus tard que ce droit de succession n'a pas été sans influence sur l'organisation postérieure du douaire. Il importe donc d'étudier les textes concernant ce droit de succession, afin de prendre connaissance de sa nature et de son rôle dans la législation germaine.

La loi des Bavarois reconnaît à la femme survivante, si elle reste fidèle à son veuvage, un droit de succession sur les biens du mari. Elle l'admet à prendre une part d'enfant en usufruit parmi les enfants du défunt. Que si la femme convole à de secondes noces, les enfants peuvent revendiquer cette part d'usufruit. Mais la veuve conserve sa dot et les biens qui lui sont propres, c'est-à-dire sans doute les biens qu'elle a reçus de sa famille (42). Cette même loi, supposant que le mari meurt sans enfants, accorde à la femme, toujours sous la même condition qu'elle

(41) En sens contraire, Laboulaye, *Cond. des femmes*, 85 et 86.

(42) L. Baiuvar. T. XIV, cap. 6, 7. Ce droit paraît être un emprunt à la Novelle 117, 6, 5, de l'an 541; à la loi unique, Cod. Theod. *Si secundo nupserit*, Lib. III, T. 9, et à la loi unique, C. Justin. Lib. V, T. 10.

demeurera veuve, un droit à la moitié des biens du mari. A sa mort, ou si elle convole à un second mariage, la famille du mari viendra reprendre cette moitié (43).

La loi des Bourguignons reconnaît, comme la loi des Bavarois, un droit de succession à la veuve qui ne se remarie pas; elle peut réclamer un tiers en usufruit sur le patrimoine du mari, qu'elle ait un fils ou n'en ait pas; si elle a deux ou plusieurs fils et qu'ils ne veuillent pas vivre avec elle, un quart. Plus tard, les femmes seules qui n'avaient pas de ressources suffisantes furent admises à prétendre un droit semblable (44).

Enfin, dans la législation des Wisigoths, qu'on peut rapprocher, sous ce rapport, des deux législations précédentes, la veuve qui ne se remariait pas prenait une part d'enfant en usufruit dans la succession de son mari; et cette part, après sa mort, était partagée également entre ses fils. Sur les acquêts, elle prenait une part proportionnée à son apport (45).

Quelquefois ce droit à une quote-part pour la femme n'existait à son profit que si on en était convenu par un pacte spécial. Mais il était toujours subordonné à la condition de survie et à la condition négative que la veuve ne se remarierait pas (46).

Louis-le-Pieux, dans un capitulaire, reconnaît à la veuve le droit de partager avec ses enfants les biens du

(43) L. Baiuvar. T. XIV, cap. 9.

(44) L. Burgund. T. XLII, 2; XLIV, 1; LXXIV, 2. Dans son Histoire du droit romain au moyen âge, M. de Savigny fait remarquer que cette législation dérive du droit de succession introduit en faveur de la femme par les Novelles 53, c. 6; et 115, c. 6. Cf. Savig. T. I, p. 55, c. 9.—(45) L. Vis. Lib. IV, T. 2, 14, c. 16. — (46) L. Edm. reg. T. IX. (Houard, T. I, 11). — Les coutumes Anglo-saxonnes donnent à la femme qui a des enfants la moitié de la fortune. Ethelb. I, 77; et L. Lomb. [illegible] t. 5.

mari, autres que ceux provenant de la collaboration commune. Sur les biens acquis en collaboration, la femme avait droit à un tiers (47).

Il ne faut pas confondre ce droit de succession accordé à la femme dans les lois des Bavarois, des Bourguignons et des Wisigoths, avec le droit de la femme mariée à la pleine propriété actuelle du tiers ou de la moitié des conquets de la communauté. Ce droit de succession porte sur d'autres biens, sur les propres du mari. Ensuite, aucune circonstance, par conséquent son second mariage, ne pouvait faire perdre à la femme son droit au tiers des conquêts de communauté. Le droit de la femme à une quote-part des conquêts est l'origine de la communauté de biens entre époux, qui s'est ensuite développée sous la double influence du droit canonique et du droit féodal. Mais déjà dans le droit, tel que le constatent les recueils des lois barbares et les formules, la femme a un droit de propriété actuelle sur une partie des conquêts, droit indépendant de sa survie, puisqu'elle peut disposer de ces biens, dans l'éventualité de sa mort, en faveur de son époux (48).

RIMASSON,
Docteur en droit, Archiviste
de la ville d'Orléans.

(La suite à un prochain numéro.)

(47) Capit. reg. Franc. Lib. IV, c. 9.
(48) Marc. form. Lib. II, 7.

CHARTE DU CONSULAT D'UZÈS.

Les archives communales d'Uzès ont été récemment mises en ordre et inventoriées par M. Bessot de Lamothe, archiviste départemental du Gard. M. de Lamothe s'est acquitté de sa double tâche avec autant de soin que d'intelligence, et le conseil municipal n'a pas hésité à voter l'impression de son inventaire (1). Nous savons donc aujourd'hui d'une manière précise ce que renferme ce dépôt et nous pouvons mesurer l'étendue des pertes qu'il a subies. On n'y rencontre plus aucun document antérieur aux dernières années du XIIIe siècle; tous les anciens priviléges et la plupart des chartes originales ont disparu; la série la plus intéressante, celle des registres de délibérations, offre de nombreuses lacunes; les comptes de recettes et dépenses ne remontent pas au delà de l'année 1582. Ces débris sont plus éloquents qu'aucun récit d'historien et ne témoignent que trop fidèlement des violences du passé. Tour à tour ravagée par les Vandales, soumise par les Wisigoths, conquise par les Francs, envahie par les Ostrogoths d'Italie, pillée par les Sarrasins et les Normands, enlevée au comte de Toulouse par Simon de Montfort, la malheureuse ville d'Uzès avait fini par trouver le repos sous la domination des rois de France; mais, au XVIe siècle, les guerres de religion devinrent pour elle une nouvelle source de calamités. Les invasions des barbares avaient détruit ses monuments; la lutte fratricide des catholiques et des protestants commença la ruine de

(1) Inventaire-sommaire des archives communales [d'Uzès] antérieures à 1790, Paris, 1868, in 4.

ses archives ; le temps et l'incurie ont fait le reste (1).

Cependant le hasard a permis qu'un document important pour l'histoire de notre ancienne administration fût sauvé du naufrage et parvînt jusqu'à nous. C'est un procès-verbal ou plutôt un *acte de notoriété*, que les consuls firent dresser, le 1er novembre 1346, pour constater les droits et prérogatives du consulat ainsi que l'étendue de la banlieue sur laquelle s'exerçait leur juridiction. On a peu de renseignements sur l'état intérieur de la cité pendant la première moitié du moyen âge. On sait seulement que les comtes de Toulouse y avaient mis un vicaire ou viguier, et qu'après s'en être emparé Simon de Montfort en partagea la seigneurie avec l'évêque Raymond IV (1215). Saint Louis confirma la donation de Montfort (1254). Uzès était donc possédée par trois co-seigneurs, le roi, l'évêque et le viguier (2). Si le consulat existait déjà, les consuls n'avaient du moins qu'une importance très secondaire. Il est en effet difficile de fixer l'époque de leur institution (3), mais on a la preuve qu'en 1344 ils se trouvaient encore dans la dépendance de l'évêque, qui pouvait les

(1) Les archives d'Uzès devaient encore être considérables au milieu du XVIIIe siècle, car le registre de délibérations BB, 24 nous apprend qu'en 1768 les sieurs Pierre Boudet et Jean Borie, greffiers consulaires, furent chargés de les inventorier, qu'ils consacrèrent à ce travail 2,106 séances et qu'ils reclamèrent pour leurs honoraires la somme exorbitante de 14,604 livres, que le Conseil réduisit à 2,600. L'inventaire des sieurs Boudet et Borie existe aux archives communales sous les nos II, 4 et 5.

(2) La viguerie d'Uzès fut successivement érigée en vicomté par Philippe VI en 1328, en duché par Louis XII en 1505, en duché-pairie par Charles IX en 1572.

(3) L'acte de notoriété du 1er novembre 1346 se borne à dire (art. 16) que l'origine du consulat était *très-ancienne*, mais dans l'art. 29 il rappelle une transaction intervenue entre les co-seigneurs et les consuls en 1256.

nommer et les révoquer à son gré (1). Ce fut entre les années 1344 et 1346 que, pour les soustraire au joug épiscopal, Philippe VI les rendit électifs et les plaça sous la sauvegarde directe de la couronne. Les consuls jugèrent sans doute que la circonstance était favorable pour faire constater l'étendue de leurs droits, et c'est très probablement à cette occasion que fut rédigé l'acte du 1er novembre 1346, qu'on peut regarder comme la véritable *charte du consulat*.

L'avenir prouva que cette précaution n'était pas inutile. L'évêque et le viguier n'avaient pas attendu l'émancipation des consuls pour chercher à restreindre leur autorité, quelque modeste et limitée qu'elle fût. Dès le commencement du XIVe siècle, ils avaient essayé de leur contester la police du marché, la connaissance des dégâts commis dans la banlieue et le droit de faire opérer des saisies par leurs agents (2). Peut-être même le désir de faire cesser ces tracasseries n'avait-il pas été sans influence sur les résolutions du roi. Mais, quand le consulat fut devenu l'associé, sinon l'égal des autres co-seigneurs, les hostilités redoublèrent, et la cour royale fut maintes fois obligée d'intervenir pour faire respecter les prérogatives des magistrats municipaux (3). Un arrêt solennel rendu en 1496 vint enfin mettre un terme à ces luttes

(1) Le registre de délibérations BB, 2 (1342-1345) renferme le récit de l'entrée solennelle de l'évêque Hélie en 1344, et à la suite *l'ordre observé dans l'institution et la destitution des consuls par l'évêque.*

(2) Voy. les actes judiciaires contenus dans les registres FF, 1 (1325-1329) et FF, 2 (1325-1345).

(3) Voy. les actes judiciaires contenus dans les registres FF, 3 1325-1349), FF, 4 (1349-1352), FF, 6 (1372-1373), FF, 7 (1437), FF, 9 (1485).

intestines (1). Tous les droits énumérés dans l'*acte de notoriété* furent de nouveau reconnus et confirmés, et les consuls en conservèrent le paisible exercice jusqu'au jour où la royauté, devenue maîtresse absolue, tenta de comprimer à son tour les libertés qu'elle avait d'abord protégées.

Ces droits, si vivement disputés, étaient cependant bien inférieurs à ceux dont jouissaient les grands consulats du midi. Les consuls d'Uzès avaient, il est vrai, la garde de la ville, dans laquelle les co-seigneurs ne pouvaient mettre garnison sans leur consentement (art. 9, 30, 31); ils étaient les organisateurs et les chefs de la milice bourgeoise (art. 32); ils opéraient la répartition et le recouvrement de tous les impôts (art. 18, 19, 34); ils possédaient une certaine juridiction criminelle, dont un *costel* ou pilori, dressé sur la place du marché (2), était à la fois le siége et l'emblème (art. 3, 10, 37); ils pouvaient infliger des amendes (art. 4), quelquefois même la prison (3); mais leur compétence ne s'étendait pas au delà des contravention ou des délits de médiocre importance, tels que l'usage de faux poids (art. 37), le vol de fruits (4), les dégats causés dans les champs (art. 4); ils étaient d'ailleurs exclus de toute participation à la juridiction civile, et leurs principales attributions ne concernaient que l'ad-

(1) La procédure remplit le registre FF, 11, tout entier, lequel ne compte pas moins de 1649 feuillets.

(2) M. de Lamothe a imprimé plusieurs fois *la place du* CASTEL, *la seigneurie et juridiction du* CASTEL, et d'autres fois *la place du* COSTEL. Je crois qu'il faut lire partout COSTEL. Voy. Du Cange, V° *Costellum*.

(3) Voy. le reg. FF, 11.

(4) On lit dans le reg. de délibérations BB, 1 (1272-1369) qu'une voleuse n'ayant pu payer l'amende fut mise au carcan sur la place du *Costel*. Cette voleuse était probablement de la même espèce que les voleurs de raisin dont il est parlé dans le reg. BB, 2.

ministration proprement dite, la police et la voirie.

Tels étaient, en résumé, les droits qu'exerçaient les consuls d'Uzès au milieu du XIVe siècle. Ils nous montrent ce qu'était devenue à travers la barbarie du moyen âge l'organisation intérieure d'une cité gallo-romaine, et sous ce rapport ils forment un chapitre intéressant de notre histoire administrative. Aussi l'acte qui les constate m'a-t-il paru de nature à prendre place dans un recueil d'anciens monuments *coutumiers*, bien qu'à vrai dire ce ne soit pas une *coutume* dans le sens rigoureux du mot. Cet acte est écrit sur une feuille de parchemin, qui mesure 72 centimètres de hauteur sur 62 de largeur, et qui, dans le nouveau classement, fait partie de la liasse AA, 1. La rubrique est à l'encre rouge ; la lettre initiale est accompagnée d'ornements et peinte en bleu, rouge et or. Il n'existe pas trace de sceau, mais les marges du parchemin sont bordées de trous ronds, au nombre de quatorze, par où pendaient sans doute les cachets des témoins entendus dans l'enquête. Le texte est formé de deux parties bien distinctes : la première est celle qui renferme l'énumération des prérogatives consulaires ; elle est en langue romane et disposée sur trois colonnes ; c'est la seule qu'il m'ait paru nécessaire de publier ; la seconde est relative aux limites du territoire ; elle est en langue latine et transcrite à longues lignes ; j'ai cru pouvoir la négliger comme dépourvue de tout intérêt juridique. J'ai suivi d'ailleurs dans l'édition de ce curieux document le même système que dans celle de l'ancienne coutume de Thégra : j'ai fait précéder le texte roman d'une analyse, dans laquelle je me suis plutôt attaché à rendre le sens qu'à donner une traduction littérale. Enfin j'ai profité de l'inventaire de M. de Lamothe pour renvoyer en note aux divers articles du dépôt qui pouvaient éclairer le sujet.

Analyse de la charte d'Uzès.

S'ensuivent les droits, fonctions, priviléges et revenus des consuls d'Uzès.

1. En premier lieu les consuls connaissent des bâtiments en mauvais état, qui peuvent occasionner un dommage.

2. Ils connaissent également des immondices, qui entravent la circulation dans la cité.

3. Ils ont un pilori sur la place du marché et droit de s'en servir.

4. Ils ont, dans une banlieue déterminée, le droit de *bannerie*, c'est-à-dire la connaissance des dégâts causés aux récoltes, aux fruits, aux herbages, et peuvent à ce sujet prononcer des condamnations.

5. Ils font certaines *criées* avec le concours des seigneurs et d'autres sans leur concours.

6. Ils décident seuls sur quel objet la *criée* doit être faite (1).

7. Ils ont toute juridiction sur le territoire appelé le *Tornal*.

8. Ils doivent assigner aux étalagistes une place sur le marché, et restreindre les étalages et boutiques qui prendraient trop d'espace (2).

9. Les seigneurs ne peuvent, sans leur consentement, mettre garnison dans la ville.

(1) Voy. l'intéressante brochure de M. Octave Teissier, *Essai historique sur les criées publiques au moyen âge*, Draguignan, 1864, in-8.

(2) Le registre de délibérations BB, 2 (1342-1345) fournit un exemple d'étal enlevé du marché par ordre des consuls.

10. Ils confisquent et font porter au pilori les pains qui sont trop petits et n'ont pas le poids légal.

11. Ils connaissent des égouts qui débouchent sur la voie publique, et les font fermer s'ils sont nuisibles.

12. Ils taxent, avec le concours des seigneurs, les victuailles et les pièces de gibier qui entrent dans la ville.

13. Ils nomment, instituent et révoquent les percepteurs, directeurs de travaux (1), estimateurs, clavaires, *réparateurs* (2), courtiers et leudiers, reçoivent leurs serments, les obligent à accepter et à remplir lesdits offices, vérifient leurs comptes et les contraignent à payer les reliquats (3).

14. Personne ne peut, sans leur autorisation, bâtir sur un emplacement public.

(1) Le mot *obbries*, qu'on lit dans le texte, ne saurait s'entendre des ouvriers proprement dits ni même des entrepreneurs ; il désigne évidemment les agents municipaux qui étaient chargés de diriger les travaux exécutés aux frais de la commune. C'est ainsi que dans les chapitres et dans les monastères on donnait le titre d'*ouvrier* au dignitaire qui avait la surveillance des bâtiments. Voy. Du Cange, V° *Operarius*.

(2) Il s'agit très probablement ici des agents municipaux chargés de conduire les travaux d'entretien et de réparation mentionnés dans l'art. 25.

(3) Les registres de délibérations renferment un grand nombre de nominations d'agents ou fonctionnaires municipaux d'un ordre plus ou moins relevé. On trouve notamment dans le registre BB, 2 (1342-1345) des nominations de clavaires, de porchers, de banniers, de crieurs, de bassiniers, de bailes chargés de la perception du sestéralage, de courtiers, de mesureurs, d'estimateurs ; dans le registre BB, 15 (1703-1724), d'inspecteurs des portes ; dans le registre BB, 18 (1725-1738), de découpeurs à la boucherie. Plusieurs de ces offices n'étaient créés qu'en vue d'un besoin passager ; c'est ainsi qu'au milieu du XVIIe siècle, quand la peste régnait dans les environs, les consuls instituèrent un *capitaine de santé* et un *chasse-gueux* chargé d'empêcher les vagabonds de pénétrer dans la ville. Voy. les reg. BB, 8 (1631-1649) et BB, 9 (1647-1713).

15. Ils ont en garde les sceaux de la commune.

16. L'origine de leur consulat est très-ancienne.

17. Ils sont chargés de l'entretien des fossés et veillent à ce qu'on n'y jette point d'ordures.

18. Dans l'assiette des tailles et subsides, ils fixent la quote-part de chacun d'après la valeur de ses biens.

19. Ils font procéder à l'estimation et allivrement des dits biens, et c'est d'après cette estimation qu'ils déterminent les quote-parts.

20. Leurs personnes et leurs biens sont sous la sauvegarde directe du Roi (1).

21. Ils élisent le médecin (de la ville) (2).

22. Ils présentent le maître d'école au choix du capiscol (3).

23. Ils font reculer les toitures des maisons qui avancent sur la voie publique contrairement au droit et à la coutume.

24. Ils nomment, instituent et révoquent les chefs et bailes des métiers.

25. Ils obligent chaque citoyen à contribuer à la ré-

(1) On lit dans les registres FF, 3 (1325-1349), FF, 4 (1349-1352) et FF, 6 (1372-1373) plusieurs actes judiciaires constatant que les consuls et autres officiers municipaux étaient placés sous la sauve garde du Roi et n'étaient justiciables, tant au civil qu'au criminel, que de la cour royale.

(2) Le registre de délibérations BB, 3 (1421-1424) nous apprend qu'en 1424 on donna congé au médecin de la ville *devenu inutile à cause des nombreux empyriques qui roulent dans Uzès.* Cependant au commencement du XVIIe siècle la crainte de la peste décida lesconsuls à instituer de nouveau un médecin pour le service des pauvres, et nous voyons figurer parmi les dépenses des années 1649 et 1650, qui furent des années d'épidémie, les honoraires de médecins communaux. Voy. le reg. BB, 6 (1605-1617) et la liasse CC, 101 (1623-1651).

(3) Le *capiscol* ou écolâtre (*caput scholæ*) était un dignitaire du chapitre investi de la surveillance des écoles.

paration des chemins publics, rues, murs, portes et fossés (1).

26. Ils obligent également les citoyens et habitants à prêter serment pour l'observation des bans (ordonnances de police).

27. Ils veillent au maintien des libertés de la ville et administrent les affaires communales, soit par eux-mêmes, soit par leurs syndics.

28. Ils doivent, ainsi que leurs conseillers, être à l'abri de tout mauvais traitement.

29. Ils ont acquis des seigneurs, en 1256, le droit de *vintain* (droit du vingtième) sur le vin.

30. Ils font faire le guet.

31. Ils ont la garde des murailles et désignent ceux qui doivent veiller aux portes (2).

32. Ils ont une bannière à leurs armes (3), et doivent, en temps de guerre, passer la revue de la milice, visiter les maisons pour se faire livrer les armes et contraindre les habitants à les suivre, le tout sous menace d'une peine (4).

(1) Les registres de délibérations BB, 3, 6, 7, 12, 13, 14, contiennent la mention d'un grand nombre de réparations exécutées par ordre des consuls aux portes, aux tours, aux remparts, aux églises, au palais épiscopal, au collége, à l'horloge, aux ponts, aux fontaines, etc....

(2) Voy. au sujet du guet et de la garde de la ville les reg. de délibérations BB, 4 (1578-1579) et BB, 7 (1617-1630). Le registre FF, 11 (1496), où se trouvent rapportés et spécifiés article par article les droits du consulat, dit expressément que les consuls ont les clefs de la ville et peuvent en faire garder les portes par des gens armés.

(3) Les armes des consuls étaient trois fleurs de lis. Voy. le reg. FF, 11.

(4) Le registre de délibérations BB, 1 (1272-1369) renferme deux proclamations ou *criées* faites au nom des consuls pour inviter les habitants à envoyer leurs contingents à la guerre de

33. Ils nomment et révoquent les conseillers et les obligent, sous menace d'une peine, à remplir leur office (1).

34. Ils sont chargés d'opérer la rentrée des tailles, subsides ou collectes, quel qu'en soit l'objet.

35. Ils admettent les étrangers au droit de cité (2).

36. Ils édictent des statuts pour les besoins de leur administration (3).

37. Ils partagent avec les seigneurs le droit de vérifier les poids et mesures, et font briser publiquement à leur pilori ceux qui sont reconnus irréguliers.

38. Ils font mettre leurs armes sur les poids et mesures, fixent le montant du droit à payer et en prélèvent les deux tiers.

39. Ils perçoivent la leude tous les jours de la semaine, excepté le samedi.

40. Ils connaissent des viandes *enflées* et les font porter à leur pilori.

41. Ils font jeter dehors les poissons et les viandes corrompues.

42. Ils nomment les bailes et chefs des métiers (4).

Gascogne et à la guerre de Toulouse. On lit dans les registres BB, 4, 6, 7, 10 et suivants, de nombreuses délibérations relatives à l'organisation de la milice bourgeoise, à la nomination des capitaines, à l'achat de piques, de mousquets et même de canons.

(1) Une délibération contenue dans le registre BB, 2 (1342-1345) condamne à une amende de douze sous tournois les conseillers qui manquent de se rendre au conseil.

(2) Voy. dans le registre BB, 2 (1342-1345) l'admission de Bertrand Aymeric au droit de cité. Le reg. BB, 5 (1596-1597) contient une délibération qui fait défense aux étrangers de venir s'établir dans la ville sans l'autorisation des consuls. Une autre délibération contenue dans le même registre fixe le droit d'*habitanage* que les étrangers doivent payer.

(3) Il existe deux règlements de cette nature, relatifs à la propreté des rues, dans les registres BB, 2 et BB, 7.

(4) Cet article paraît faire double emploi avec l'article 24.

43. Ils ont un sergent et des banniers chargés des citations, des contraintes et des saisies.

Texte de la charte d'Uzès.

Segon s'en los negocis, excerci[ci]is (1), usages et exple chas, que devon far et exercir los consols d'Uzes.

1. Premieyramen an conoyssensa de las causas ruynosas, so es dels hedificiis que podon donar dampnage.

2. Item de las causas inmundas dels enpedimens dels camins publics per la cieutat.

3. Item an costel adreyssat en mercat et uzatge de ne uzar.

4. Item an bannarie termenada hon an dreg de bannaria a causa de banh, so es de gatjamen de talas de frutz, de fruchas e de herbas, e per las causas desus dichas prenon composicion.

5. Item fan certas cridas sens los senhors e d'autras an los senhors ensemps.

6. Item an la election e denominacion de la crida.

7. Item an territori que s'apella lo *Tornalh* he an aqui tota juridiccion.

8. Item devon assignar luoc as taulies en mercat d'Uzes e los excessious taulies e perteguas far restrenhe.

9. Item que los senhors sens la volontat dels consols en la villa non podon metre denguna maynada.

10. Item prenon los pans dels pestres cant son trop petits, que non son de pes donan los al costel.

11. Item dels aiguies et effluensas d'aquels de la via publica e nosemen conoysson e aquels fan claure.

(1) Le registre de délibérations BB, 2 (1342-1345) est intitulé *Liber exerciciorum domus consulatus.*

12. Item an de las vitalhas e de las causas de las cassas en la cieutat an los senhors a moderar e taxar.

13. Item ordenon e statuisson e desapauson quistans, obbries, extimayres, clavaris, reparadors, corratiers, leudiers, e juramens recebon d'els, e aquels compellisson a prehendre e recebre los dichs officis, e los contes auson, e la resta a redre e restituir compellisson.

14. Item dengun non auza bastir sen lur licencia en luoc public.

15. Item an tots los senhals de la universitat.

16. Item an lor consolat tresque antic.

17. Item an l'ordenansa dels fossats e en aquels prohibisson de gitar ne metre horduras.

18. Item en talhas e subsidis talhan un cascun ho taxan juxta la pocibilitat de lus bens.

19. Item fan estima e libre d'aquela, e taxan las causas estimadas, e ordenon juxta lo cant del patrimoni de un cascun.

20. Item son los consols en salvagarda real e an lur libertats e bens subgects al Rey.

21. Item eligisson metge.

22. Item presenton a mossen lo cabiscol lo mestre de l'escola.

23. Item los teules dels hostals e bastimentas, que enpachon la via publica, non degut e non costumat, fan retrayre e restrenhe.

24. Item statuisson e ordenon e desapauson los caps he los bayles dels mestiers.

25. Item compellisson cascun per las reparations dels camins publics e per las carreyras e per los murs e portals e fossats.

26. Item compellisson los cieutadens e habitans de prendre sagramen per los banch.

27. Item an la prosequcion de las libertats e negocis communs e per hels e per lus sendics.

28. Item que los dich consols non devon estre mal menatz ne tractats coma lurs concilhies.

29. Item los senhors transporteron ho venderon lo dreg del vint del vin als consols sus l'an mil CC sinquanta e syeys.

30. Item fan fayre los gags.

31. Item adordenon las gardas dels murs e compellisson de aquels a garda e los portaus.

32. Item an armas en bandieyra, fan mostra per lo fach de la guerra, per aver armas e arneys cascun hostal compellisson e cercon, a baylar e seguir compellisson, e sus pena.

33. Item los conselhies creant e fant e des[ti]tuisson, e a l'offici de donar conselh costrenhon e compellisson, e aquo sus pena.

34. Item las talhas, los subsidis, las collectas prenon, levon amasson e a pagar compellisson per tots negocis.

35. Item los estranges en cientadens recebon.

36. Item fan estatuts per las lurs utilitats.

37. Item an conoyssensa an los senhors e vesitant la desfalhensa e deminuensa dels pezes e mesuras hel costel d'els los rompon publicamen.

38. Item els pezes e mesuras an lurs armas, e ordenon hemolumen sus los pezes, han elecion sus lo dig emolumen las dos part.

39. Item leudan per tota la semana, exceptat lo dissapte.

40. Item conoysson de las carns enfladas e aquelas donon a lur costel.

41. Item los peyssons e carns corrompudas fan gitar porre.

42. Item ordenon bayles e cap de mesties.

43. Item an sirven e banhies, per los quals citan, compellisson e gatjan en lus esplets.

EUGÈNE DE ROZIÈRE.

BIBLIOGRAPHIE

De jurisdictione edictum. — Edicti Perpetui quæ reliqua sunt.— Constituit, adnotavit, edidit Ad. Frid. Rudorff. Lipsiæ, 1869, in-8 (1).

Le monument le plus important de la jurisprudence romaine, pendant cette période de son histoire qu'on est convenu d'appeler classique, est certainement l'Édit prétorien; soit qu'on adopte la signification spéciale attachée à cette dénomination par M. Rudorff, qui, avec la majorité des historiens du droit romain, attribue au jurisconsulte Salvius Julianus, agissant et procédant sous l'inspiration et par l'ordre de l'empereur Hadrien, la composition d'un programme définitif de juridiction Prétorienne et d'un règlement général de procédure, désignés sous le nom déjà connu d'*Edictum perpetuum ;* soit qu'avec d'autres historiens du droit on entende, par *Edictum perpetuum* , cette rédaction annuelle de l'Édit des Préteurs , transmise de l'un à l'autre de ces magistrats, par une coutume reçue, perpétuée ainsi à travers les temps, en vertu de la consécration de l'usage , et par l'autorité de l'opinion : rédaction qui aurait été retouchee à différentes époques par de grands jurisconsultes, commentée par d'autres aussi autorisés, et, en dernier lieu, légèrement remaniée peut-être par Salvius Julianus, sous Hadrien; car, pour la signification restreinte et primitive d'*Edictum perpetuum*, opposé originairement à *Edictum repentinum*, ou bien, d'après Asconius (2), à tout édit rendu variable, par le caprice de magistrats, tels que Verrès, elle a été de peu de durée, et ne peut être ici d'aucune considération (3).

Dans son savant ouvrage, M. Rudorff a volontairement né-

(1) Voy. un savant compte-rendu de cet ouvrage, par M. Brinz, dans la *Revue critique trimestrielle* de MM. Poezl et Windscheid. Munich, 1869, 4e cahier (en allemand).

(2) Voy. Asconius, *in Orat. Ciceronis, Pro Cornelio, maj. reo* (Orelli) ; et mon *Hist. du droit rom.*, p. 266.

(3) Voy. Gust. Hugo, *R. R. Gesch.* § 151 *et alibi.*

gligé l'histoire critique de l'Édit; le but du jurisconsulte de Berlin n'était pas, en effet, de discuter l'authenticité, l'ordre et le caractère des faits traditionnels qui se lient à cette partie de l'histoire du droit romain, quel que puisse être l'intérêt de ces recherches non encore épuisées. Ce que M. Rudorff a voulu rétablir, c'est le monument, l'*Album* du droit Prétorien lui-même. De rapides indications générales et préliminaires lui ont paru suffire pour satisfaire, au point de vue historique, la légitime curiosité du lecteur, et l'initier à l'intelligence, au secret de cette vaste composition juridique. Les notions auxquelles il a borné son introduction sont, il est vrai, celles qui semblent arrêtées par le consentement général des érudits compétents. Cependant, il faut l'avouer, les difficultés ne sont point complétement aplanies, et leur examen, leur solution, auraient reçu de la plume si autorisée de M. Rudorff, un appui qui n'était pas sans importance; car la plupart des questions, soulevées jadis par le scepticisme de Gustave Hugo, ne laissent pas que d'embarrasser encore l'historien, dans l'exposé du développement élémentaire et chronologique du droit romain.

Ainsi, malgré tout ce qui s'affirme généralement, au sujet de la révolution juridique accomplie sous Hadrien, on ne peut se refuser à la conviction que le droit Prétorien n'eût acquis déjà, vers l'époque où Cicéron composa son *De legibus*, c'est-à-dire vers la fin du VIIe siècle de Rome, la certitude et l'importance de l'une des sources principales du droit. C'était comme un droit coutumier, à peu près fixe, appuyé sur les Edits ou ordonnances, rendus habituellement par les magistrats, dans divers cas donnés. Ces Edits rattachaient leur origine, plutôt que leur principe, à une législation antérieure et régulière, dont ils étaient censés régler l'exécution, quoique par une habile combinaison de fictions juridiques et de pouvoir discrétionnaire, ils aboutissent souvent à étouffer l'application de la loi, en des cas où elle semblait trop rigoureuse ou inopportunément invoquée (1), ce qui leur donnait un carac-

(1) « Jus prætorium est, quod Prætores introduxerunt, adjuvandi, « vel supplendi, vel corrigendi juris civilis gratia, propter utili- « tatem publicam. » Papinien, dans le Fr. 7, § I, Dig., I, 1.

tère à part dans les sources du droit civil (1). Leur importance avait, au témoignage du grand orateur, déjà remplacé celle de la loi primitive elle-même, de la loi nationale par excellence; à ce point que, dans l'éducation de la jeunesse, on négligeait, désormais, de faire apprendre par cœur le texte des XII Tables, *quas nemo jam discit*, dit Cicéron (2); et cet exercice de mémoire avait cédé le pas à la mnémonique de l'édit du préteur (3), pour le plus grand nombre; à la méditation de la philosophie du droit, pour une élite plus restreinte d'adeptes : « Nonergo a Prætoris Edicto, ut pleri« que nunc, neque a XII Tabulis, ut superiores, sed penitus ex « intima philosophia hauriendam juris disciplinam. » Ce qui prouve que l'Édit n'était plus sujet à ces variations, tant reprochées aux magistrats prévaricateurs, par Cicéron, dans ses Verrines, quinze ans auparavant (684 de Rome).

En effet, depuis la loi Cornelia, de l'an 687, le magistrat était en cas de forfaiture, lorsqu'il ne maintenait pas exactement, pendant la durée de sa charge, le programme qu'il avait dû proposer *in albo*, à son entrée en fonctions. Mais, avant même qu'il en fût ainsi, de par la loi, la coutume l'avait introduit dans la pratique; ce qui faisait dire à Cicéron (4), accusant Verrès, que le droit était tel, depuis la constitution de la jurisprudence Prétorienne : *posteaquam jus Prætorium constitutum est.* On distinguait donc, dès lors, l'Edit rendu, *jurisdictionis perpetuæ causa*, de l'Edit rendu *prout res incidit*, comme parle Ulpien (5); et l'on appela plus tard le premier : *Edictum perpetuum*, par une simple contraction de langage : dénomination qui pourtant ne paraît avoir eu le sens précis

(1) « Consuetudinis jus esse putatur id quod voluntate omnium « sine lege vetustas comprobarit... Quo in genere sunt... maxima « pars, quæ Prætores edicere consueverunt. » Cicéron, *De invent.*, II, 22.

(2) *De legibus*, II, 23.

(3) Cicéron, *ibid.*, I, 5.

(4) *In Verrem*, 2, I, 44. Zumpt.

(5) Fr. 7, § I, Dig., 2, I, *de Jurisdict.*

d'une prescription légalement permanente, qu'à partir du second siècle de l'empire; bien que, dès le temps où vivait Cicéron, la coutume eût consacré, en même temps que la règle du programme annuel (*lex annua*), la transmission de l'Edit, d'une Préture à une autre (*Edictum tralaticium*). La jurisprudence était donc depuis longtemps constante sur une foule de points fixes : *omnes Prætores ita edixerunt,* disait Cicéron.

La loi *De civitate Galliæ cisalpinæ* (an 705?), parle de l'Edit du Préteur comme d'une source du droit, déjà reconnue (1). Nous lisons dans les Topiques de Cicéron (de l'an 710) : « Jus civile id esse, quod in legibus, senatusconsultis, « rebus judicatis, juris peritorum sententiis, EDICTIS MAGIS- « TRATUUM, more, æquitate consistat » (*cap. V*); doctrine qui est répétée dans le *De inventione*. A une époque postérieure, celle où les Sénatusconsultes remplacèrent la *Lex,* dans l'ordre des sources du droit, ce qui eut lieu bien avant Hadrien, Pomponius atteste que les Edits des magistrats partageaient avec les décisions du Sénat, et par la force de la coutume, l'honneur de l'autorité législative : « Eodem tempore, et ma- « gistratus jura reddebant : et ut scirent cives, quod jus de « quaque causa quisque dicturus esset, seque præmunirent, « Edicta proponebant, quæ Edicta Prætorum jus honorarium « constituerunt » (2). D'éminents jurisconsultes du 1er siècle, et entre autres Sabinus, ont commenté l'Édit. Il avait donc, dès lors, une fixité admise et respectée.

La doctrine commune, embrassée par M. Rudorff, dans son érudite et brève exposition de l'histoire de l'Édit, laisse donc subsister une grande incertitude en notre esprit. Si l'Edit n'a obtenu force de loi qu'à partir d'Hadrien, il est des faits antérieurs qu'on s'explique très-difficilement. On pouvait, ce semble, soumettre cette doctrine, toute reçue qu'elle est, à un

(1) Voy. cette loi, dans le 1er vol. du *Corpus inscript.* de Berlin, et la *Præfatio* de M. Rudorff, page 7, en tête de son *Edictum perpetuum.*

(2) Fr. 2, § 10, Dig. I, 2, *De orig. juris.*

nouveau contrôle, ne fût-ce que pour en déterminer la limite, le sens et la portée. Cet examen conduira peut-être ceux qui voudront bien s'y livrer à rapprocher la théorie du pouvoir Prétorien, de l'*Equity* des Anglais, laquelle, à mon sens, y correspond assez exactement, *positis ponendis*. Le pouvoir du grand chancelier d'Angleterre, et des *Courts of equity*, représente, dans le droit anglais, le pouvoir de la Préture romaine, bien que leur origine et leur organisation soient différentes (1).

Il serait curieux d'étudier, mais il n'en est pas ici le lieu, comment certaines affinités de procédure, entre autres l'application du Jury aux matières civiles, et le système de l'estimation judiciaire étendu à toute demande en justice (2), ont conduit deux peuples politiques, comme les Anglais et les Romains, à des institutions similaires, malgré de si profondes dissemblances, entre le droit germanique et le droit romain; cer les coutumes et lois d'origine germanique n'ont rien admis d'analogue à la jurisprudence formulaire des Romains. L'Anglo-Normand a donc compris par instinct, non par imitation, le salutaire effet d'un pouvoir Prétorien, dans la procédure civile. Craignant tout à la fois l'immobilité juridique et l'usage immodéré du pouvoir législatif, l'aristocratie anglaise a préservé son pays de l'un et de l'autre écueil, au moyen d'une magistrature spéciale et souveraine, qui forte de l'appui de l'opinion, règle l'application de la justice, selon les cas, les temps, les mœurs et l'équité : pourvoyant ainsi aux besoins variables et progressifs de la société, en même temps qu'au maintien du respect des lois, puisqu'on semble les observer toujours, alors même qu'on les plie à des solutions opposées à leur texte. La politique romaine n'avait pas mieux fait.

En ce qui touche l'évènement lui-même, accompli sous

(1) Voy. Blackstone, trad. par Chompré, IV, pag. 80 et suiv.; et M. Holtius, *De jure Prætorio, tum apud Rom., tum apud Anglos.* 1821, in-4.

(2) Voy. le § 48 du *Comment.* IV, de Gaius, et la dissertation de M. Mayer, sur ce texte. Tubing. 1853, in-8.

Hadrien, il y avait, par conséquent, encore beaucoup à dire. Je dois avouer que je penche, aussi bien que M. Rudorff, vers l'opinion vulgaire, à ce sujet. Un nuage couvre pourtant, à mes yeux, toute cette histoire, et il faudrait enfin le dissiper. Il est étrange qu'un fait de cette importance soit aussi légèrement appuyé par les témoignages historiques arrivés jusqu'à nous. On ne s'explique pas qu'un acte législatif de cette nature ne soit constaté par aucun contemporain d'Hadrien, ni même par aucun des jurisconsultes romains dont les ouvrages ont été employés dans la compilation des Pandectes, et surtout qu'il soit passé sous silence par l'historien du droit, Pomponius; encore moins que le souvenir n'en soit arrivé jusqu'à nous que par la chancellerie byzantine du VIe siècle, et d'après des documents qui nous sont inconnus. Et cependant, la mission donnée à Salvius Julianus avait autrement de gravité que celle dont Ofilius avait pris l'initiative, sous la dictature de César, et dont parle l'auteur de la loi 2, au Digeste, *De origine juris*. Comment le biographe d'Hadrien, Spartien, si curieux et si soigneux de détails concernant son héros, n'en dit-il pas le moindre mot, lui qui n'a point oublié de mentionner l'estime d'Hadrien pour les jurisconsultes, et en particulier pour Salvius Julianus? « In consilio habuit, dit-il, non amicos « suos aut comites solum, sed jurisconsultos, et præcipue Ju- « lium Celsum, SALVIUM JULIANUM, Neratium Priscum, alios- « que quos tamen senatus omnis probasset. » Et rien du tout sur la composition mémorable de l'Edit perpétuel! Spartien n'en dit pas davantage, lorsqu'à propos d'un autre empereur, Didius Julianus, il rappelle la mémoire de notre jurisconsulte Salvius (1), bisaïeul de Didius.

La discrétion de Pomponius ne paraît pas moins surprenante, quand on remarque ce qu'il rapporte de l'œuvre analogue d'Ofilius qui, dit-il, a coordonné le premier, avec soin, l'Edit Prétorien : « Is fuit Cæsari familiarissimus, et libros de jure « civili plurimos, et qui omnem partem operis fundarent, re-

(1) Voy. Spartien, *Adrianus*, § 18, et *Didius Julianus*, § 1, édition *variorum* des *Hist. aug. scriptores*, pages 167 et 571.

« liquit. Nam de legibus Vicesimæ primus conscripsit, de « jurisdictione ; idem EDICTUM PRÆTORIS PRIMUS DILIGENTER « COMPOSUIT... » L'occasion était belle pour rappeler l'ouvrage de Salvius Julianus. Mais, pas du tout ; Pomponius garde un profond silence, sur ce point, et ne rapporte même le nom de ce jurisconsulte qu'à la fin de son opuscule, et *transeundo*, sans aucune apostille particulière. Le nom d'Hadrien n'est pas d'avantage rappelé, par Pomponius, et, dans aucun autre texte du Digeste, on ne trouve plus de renseignements, à cet effet. Je ne rapporterai point la controverse qui s'est élevée entre M. Rudorff et M. Bocking au sujet du qualificatif *perpetuum*, que ce dernier refuse même à la *recopilacion* dont Julianus serait l'auteur. M. Bocking, si exact et si ingénieux d'habitude, me semble ici moins près de la vérité que M. Rudorff (1). Quelques textes des Pandectes ne donnent, il est vrai, que le titre isolé d'*Edictum*, mais d'autres ajoutent l'épithète de *perpetuum*.

Le premier et le seul écrivain latin qui relate l'œuvre attribuée à Salvius Julianus est Eutrope, abréviateur qui écrivait sous l'empereur Valens, c'est-à-dire plus de cent cinquante ans après Hadrien, et qui ne fait encore aucune mention du mandat qu'aurait donné ce dernier prince au jurisconsulte romain. Il n'indique même l'ouvrage de Salvius Julianus que par occasion (2) : « Post hunc (Pertinacem) Salvius « (Didius?) Julianus rempublicam invasit, vir nobilis et juris « peritissimus; nepos Salvii Juliani, qui sub divo Adriano « perpetuum composuit Edictum. » Le métaphraste grec d'Eutrope, l'obscur Pæanius, en dit un peu plus long, sans en apprendre davantage; mais il écrivait sous Justinien et à Constantinople (3).

(1) Cf. Rudorff, *R. R. G.*, page 269, tome Ier, note 8 ; Bocking, *Pandect.*, § 16, et Biener, *De Salvii Juliani meritis*, etc., pag. 30 et suiv. où les textes que j'indique sont rapportés.

(2) Eutrope, *Hist. rom. Breviar.*, VIII, 17, édit. d'Havercamp, pag. 373.

(3) Pæanius, *ibid.*, pag. 676.

A la vérité, un autre abréviateur latin, Aurelius Victor, *de Cæsaribus*, § 19, rapporte, en confondant l'aïeul et le petit-fils, que Didius Julianus « primus Edictum quod varie incondite-« que a Prætoribus promebatur, in ordinem composuerit. » Mais cet écrivain, qui vivait sous Arcade et Honorius, est encore moins autorisé que Eutrope, et d'ailleurs, pas plus que ce dernier, il ne nomme Hadrien. Les critiques de Ménage, dans ses *Amœnitates juris civilis*, et les annotations d'Arndtzein sur le texte de Victor, ne sont pas à dédaigner, mais ne font pas faire un pas de plus à la question.

C'est donc, à vrai dire, de Justinien lui-même que nous tenons les seuls renseignements décisifs, sur l'œuvre législative de la composition Edictale, dont ses constitutions font honneur à l'empereur Hadrien, probablement par un raffinement de courtoisie de la bureaucratie byzantine dont il est facile de deviner l'intention flatteuse. La relation dont il s'agit est consignée dans deux constitutions de Justinien. L'une est la fameuse constitution Δέδωκεν — *Dedit*, qui traite *De confirmatione Digestorum*, et où nous lisons, au § 18, que : « Ha-«drianus piæ memoriæ... Prætorum annua Edicta in brevem « quemdam coegit tractatum, optimum Julianum ad hoc « assumens, etc.; » ajoutant l'indication d'une *Oratio* qu'Hadrien aurait prononcée, à ce sujet, dans le sénat. Il faut reconnaître que la version de Justinien ne reçoit qu'un médiocre appui du témoignage allégué d'Aulu-Gelle, lequel nous apprend tout simplement que l'on voyait encore, de son temps, au *Tabularium*, d'immenses collections d'anciens Edits tombés en désuétude : « Edicta veterum Prætorum, sedentibus forte « nobis in bibliotheca Ulpia Trajani, legere atque cognos-« cere libitum est » (1).

La seconde constitution où Justinien nous entretient de la compilation de Salvius Julianus, ajoute un détail nouveau et plus important pour nous, à savoir qu'Hadrien aurait provoqué un décret du sénat qui donnait force de loi à l'œuvre du

(1) Gell. *Noct. Att.*, XI, 17, édit. Lion.

jurisconsulte. Ce document est le seul qui indique cette circonstance capitale, et, à bon droit, faite pour surprendre, par l'isolement du témoignage. « Julianus, nous dit Justinien (1), « legum et Edicti perpetui subtilissimus conditor, in suis « libris hoc retulit...., et non ipse solus, sed et divus Hadria- « nus, in compositione Edicti, et Senatusconsulto, quod eam « secutum est hoc apertissime definivit, ut si quid in Edicto « positum non inveniatur, hoc ad ejus regulas, ejusque con- « jecturas et imitationes possit nova instruere auctoritas. » De ce Sénatusconsulte, on ne trouve aucune autre trace nulle part; et pourtant, dans trois autres constitutions du Code de Justinien, est rappelé le souvenir de Salvius Julianus, qualifié tantôt : « Summæ auctoritatis hominem, et « Prætoriani edicti ordinatorem (2)»; tantôt : « summum auc- « torem juris scientiæ (3)», et enfin : « tantæ existimationis « viri, atque disertissimi jurisperiti » (4).

Une autre circonstance aussi étrange, c'est que nous ayons appris par un auteur Byzantin, bien postérieur à Justinien, ce dernier détail qui nous a été révélé seulement par la publication récente de M. Zachariæ (5), à savoir que Salvius Julianus aurait eu pour collaborateur un certain Servius Cornelius, personnage d'ailleurs parfaitement inconnu. M. Rudorff, avec cette sûreté de critique qui le distingue si éminemment, reconnaît et proclame l'ignorance de notre abréviateur grec, qui, selon lui, de deux personnages : du promoteur de la vieille loi Cornelia, et de Servius, un autre ancien *ordinator* de l'Édit, mentionné par Pomponius, n'a fait qu'un seul individu, collègue de Julianus, dans la *compositio* de l'Édit perpétuel. Mais n'est-ce pas là un trait de lumière que la critique pourrait exploiter, avec un certain avantage, pour

(1) Const. *Tanta*, 2, Cod. I, 17, *De vet. jure enucleando.*

(2) Const. 10, Cod. IV, 5, *De condict. indeb.*

(3) Const. 15, Cod. III, 33, *De usufructu*, etc.

(4) Const. 5, Cod., VI, 61, *De bonis, quæ lib.* Cette constit. est de Léon et Anthémius; les deux autres sont de Justinien.

(5) Voy. Zachariæ, ὁ Πρόχειρος νόμος, 1837, in-8, pag. 292.

l'appréciation de ces divers témoignages arrivés si tard, et de Constantinople seulement, au sujet de toute cette affaire d'Hadrien?

On comprend maintenant l'intérêt que soulève la discussion, et l'on souhaiterait, avec un sentiment bien légitime, de voir disparaître définitivement ces obscurités, qui avaient, au commencement du siècle, motivé les méfiances et les doutes, si hardiment exprimés par Gust. Hugo, dans son *Histoire du droit romain*, lorsqu'après une vigoureuse attaque du système généralement admis, il concluait en ces mots : «Ce qui est cer-
« tain c'est que le fonds de l'Édit resta le même qu'auparavant;
« que la forme n'en fut point changée, et que ce fut toujours
« le magistrat qui, dans cet acte, continua de parler en son
« propre nom (ce dernier point ne me semble pas être douteux
« pour M. Rudorff). Il n'est même point prouvé que l'usage
« se soit introduit de fondre les deux Édits des Préteurs de
« Rome en un seul, ni de réunir ceux des Édiles, ou en-
« tr'eux, ou avec les Édits provinciaux. Enfin, il n'y a rien
« qui puisse même nous faire soupçonner qu'on ait jamais
« eu l'intention de rendre l'Édit à toujours invariable ; en un
« mot, qu'on ait pensé à donner à l'Édit la qualité de *perpé-*
« *tuel*, dans le sens que les modernes donnent à ce mot. »

Il y a certes là le sujet d'une belle et bonne dissertation. M. Rudorff en avait tous les matériaux dans sa main ; pourquoi l'a-t-il fermée, au lieu de l'ouvrir ? Il peut seul résoudre ces difficiles questions. Pour aujourd'hui, il s'est borné à reproduire, à l'exemple de Bach, de Walter et de Burchardi, les notions fournies par la chancellerie de Justinien, sans les discuter. Comme nous l'avons déjà dit, le principal but qu'il se propose est la restauration du monument lui-même de l'Édit. Contentons-nous de la bonne fortune dont son beau livre enrichit la science. et sachons-lui gré d'avoir consacré de patientes veilles à un travail si épineux et si profitable, en attendant que sa critique savante satisfasse complétement nos vœux.

En effet, quoi qu'il en soit des questions d'archéologie juridi-

que dont nous avons donné le rapide aperçu, la reconstruction de l'Édit, et sa restitution, n'en restent pas moins une œuvre érudite, de premier ordre. Salvius Julianus, dont il serait juste de parler plus que d'Hadrien, en cette occurrence, était un esprit supérieur. Il compte parmi les jurisconsultes dont les ouvrages ont été le plus mis à contribution par les rédacteurs des Pandectes (1). Il est même à remarquer que les compilateurs byzantins ont puisé dans ses livres, bien plus que dans ceux de tous les jurisconsultes ses prédécesseurs réunis, et presque autant que dans ceux de Papinien, l'un de ses successeurs les plus célèbres; ce qui prouve l'influence qu'on lui attribuait sur la direction de la jurisprudence. Julien n'a pas cependant conservé, dans l'histoire du droit, la renommée de Papinien, de Paul, d'Ulpien, de Gaius même. Mais, quand on regarde de près à la doctrine et à son développement, on lui rend plus de justice. Sabinien prononcé, son autorité semble avoir assuré le triomphe des opinions de son école. L'école Proculéienne avait été en grand crédit, sous les empereurs Flaviens; le jurisconsulte Pegasus, l'un de ses chefs, était tout-puissant, sous Vespasien. Le père et l'aïeul de l'empereur Nerva étaient des jurisconsultes éminents de la même secte; leur considération soutint leurs coréligionnaires juridiques jusque sous Trajan. Mais, à partir d'Hadrien, l'école adverse prévalut, et le choix de Salvius Julianus pour le remaniement de l'Édit perpétuel en put être la manifestation éclatante. Il dut faire préférer, pendant sa Préture, les opinions de ses maîtres (2), au moins en une certaine mesure, et il en reste des indices nombreux, dans les fragments du digeste, bien que l'on signale un trait de contradiction entre lui et Sabinus. Il est certain que les divisions d'école ont perdu de leur importance, depuis ce temps-là, quoique les traces en apparaissent encore dans Gaius, et même dans Ulpien. On pouvait croire même,

(1) Voy. le tome Ier de la *Palingenesia* de Hommel.

(2) Voy. cependant Eckhard, *Hermeneutica juris*, pages 328, 342 et 473; et mon *Hist. du droit romain*, p. 312 et suiv.

avant la découverte de Gaius, que ces divisions étaient éteintes, depuis le règne d'Hadrien.

La révision de l'Édit put produire un résultat plus décisif encore. Par la jurisprudence Prétorienne, la philosophie, dont Cicéron signalait déjà l'efficacité juridique, avait graduellement, mais sensiblement corrigé, humanisé le vieux droit civil, religieux et politique des Romains. Cette conquête mémorable de l'équité sur la loi, aura trouvé une sanction nouvelle dans le travail de Julien, soutenu par le crédit impérial, et la garantie du progrès aura peut-être été mieux assurée encore pour l'avenir. Ce n'est point ici le lieu d'approfondir davantage la question de l'influence de la Préture romaine, considérée comme instrument de l'amélioration croissante du droit civil. Je me contente d'indiquer ce que la science dut gagner à la fixité de l'Édit.

Depuis l'époque des Scipion, la philosophie grecque avait pris racine à Rome et s'y était développée. La religion romaine en avait éprouvé une mortelle atteinte. Cette religion nationale et superstitieuse dominait alors dans le droit (1), comme dans les mœurs, et dans la politique. La discipline des familles lui était livrée. Aucun historien latin ne nous a laissé, sur ces points divers, le tableau exact de la vérité tout entière, parce que, dans le siècle où ont fleuri les lettres romaines, une incrédulité dédaigneuse avait complément étouffé l'ancien esprit religieux. Les *Kalendaria* parvenus jusqu'à nous, et les fragments du vieux annaliste Licinianus (2), que nous a livrés le palimpseste mutilé, publié par M. Pertz, sont peut-être les monuments les plus authentiques de la vérité des choses, à cet égard. La philosophie grecque, éclairant les classes supérieures de la société romaine, a fait de la coutume juridique et pontificale des anciens romains une science morale, et a rejeté la superstition dans le ménage

(1) Voy. M. Ihering, *Geist des r. R.*, Leipsig, 1866 et suiv., 3 vol. in-8. Ce livre contient les plus précieux documents sur le caractère religieux de l'ancien droit romain.

(2) V. *Grani Liciniani quæ supersunt.* Lips. 1858, in-8.

des classes ignorantes. Pendant plus de deux siècles, la philosophie a été, à Rome, la religion de la société polie. Les philosophes donnaient alors des conseils, pour la direction de la vie intérieure et morale, comme en donnèrent plus tard les ministres de la religion chrétienne (1).

Or, les jurisconsultes et les magistrats furent tous des philosophes (2) ; on en a le témoignage dans leurs écrits, comme dans ceux de Cicéron. Ils composaient l'élite de l'aristocratie romaine, et rien n'égalait leur popularité ; car ils exerçaient gratuitement, au profit de leurs nombreux clients, un patronage protecteur, dont chacun à son tour avait besoin, en ce temps où la vie humaine se passait sur la place publique. Nulle part les magistrats ne furent plus absolus et plus respectés qu'à Rome. Nés de l'élection libre, responsables de leur mandat devant le peuple, ils avaient tout pouvoir pour faire triompher la justice, et ils en usèrent largement, au profit de l'humanité, malgré quelques Verrès qui déshonorèrent la Préture. La jurisprudence Prétorienne fut l'ouvrage de la philosophie ; elle suivit les progrès de la morale philosophique, et y gagna son incomparable grandeur, épurée plus tard par le christianisme. La fixité de cette jurisprudence, assurée par la fixité du texte même de l'Édit, dut exercer, à coup sûr, une grande influence sur la science du droit, à quelque siècle qu'on veuille rapporter le bienfait de cette fixité. Ce bienfait remonte, en plusieurs points capitaux, jusqu'au siècle de Cicéron (3).

Tel préteur, un familier des Scipion peut-être, avait honoré sa magistrature, pour avoir promis, en dépit du formalisme

(1) Voy. mon *Hist. du Droit romain*, page 235, et le remarquable ouvrage de M. Martha sur *les Moralistes romains*.

(2) « Veram philosophiam, ..., non simulatam affec« tantes » : telle est la profession de foi d'Ulpien. Fr. 1, § 1, Dig., I, 1.

(3) Voy. Cicéron, *De officiis*, liv. I, ch. 10, p. 74, édit. de Beier « Illis promissis standum non esse, quis non videt, quæ coactus « quis metu, quæ, deceptus dolo, promiserit ? Quæ quidem ple« raque jure Prætorio liberantur, nonnulla legibus. »

romain, l'*in integrum restitutio* à des personnes lésées par une trop littérale application de la loi : « *Restitui in integrum æquum ac bonum est, et id impetrabis* » (1), dit un personnage de Térence. Tel autre s'attaquait aux moyens nationaux d'acquérir la propriété, devenus à la longue insuffisants et abusifs, et donnait son nom à l'action Publicienne, qui fit révolution, en garantissant la possession justifiée, ce qui conduisit bientôt à reconnaître une propriété *juris gentium*, à côté de l'ancien *dominium Quiritarium*, protégé par la loi fondamentale (2). Tel autre, un collègue, un ami du grand orateur (3), donnait, à l'applaudissement universel, l'action *de dolo*, et ne craignait pas de bouleverser par cette nouveauté le système contractuel, si cher aux vieux Romains : « *Quæ dolo malo fraudisve causa, facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit, et justa causa esse videbitur, judicium dabo* » (4). Tel autre n'hésitait point à modifier la condition civile des adultes, capables de s'obliger cependant, d'après le droit civil, mais trop faciles à induire à mal : « *Quod cum minore quam XXV annis natu gestum esse dicetur, uti quæque res erit, animadvertam* » (5). Je passe une foule d'autres innovations de ce genre, sans parler du système des *Interdicta*, lesquels, appliqués aux relations civiles, formaient un corps de règles pratiques, que nous pourrions comparer tantôt aux attributions de nos juges de paix, tantôt à nos ordonnances de police, et tantôt à notre jurisprudence des référés.

Quelle que soit, d'ailleurs, l'opinion à laquelle on s'arrête, ou d'une rédaction traditionnelle, sanctionnée par l'usage, et re-

(1) Phormion, II, 4, 9. Ce texte a été mal interprété par la plupart des commentateurs.

(2) Voy. le titre du Digeste, *De publiciana in rem actione;* et Cicéron, *Pro Cluentio*, 45.

(3) « Nondum C. Aquilius, collega et familiaris meus, protule-« rat de dolo malo formulas. » Cicéron, *De officiis*, III, 14. Beier.

(4) Fr. 1, § 1, Dig., *De dolo malo.*

(5) Voy. le titre du Digeste, *De minoribus XXV annis.* Sur tous ces points divers, voy. Rein, *das Privatrecht der rœmer.* 2e édit. Leipzig. 1858, in-8; et M. Rudorff, *Edictum perpetuum*, etc.

connue comme loi, sauf quelques légers changements accidentels, rédaction devenue invariable, pendant le premier siècle de l'empire ; ou bien d'une rédaction nouvelle composée ou remaniée par Julianus, provoqué ou soutenu par l'autorité d'Hadrien, ce qui serait une révolution analogue à celle de la publication des XII Tables ; il est certain que, pendant le siècle de ce prince, on ne trouve plus aucune trace de fluctuation dans l'Édit, et que le texte en est resté comme la base de toute discussion juridique, jusqu'au moment où s'écroula le système formulaire. Encore alors, les principes généraux de l'Édit survécurent, malgré le naufrage de l'ancien *ordo judiciorum*, et la prédominance toujours croissante des formes déclamatoires de la chancellerie impériale, sur les formes scientifiques et mathématiques, comme disait Leibnitz, des anciens jurisconsultes romains.

Selon le point de vue de M. Rudorff, et nous y adhérons, sous quelques réserves, l'Édit aurait été principalement une ordonnance de procédure. C'est, en effet, par les formules que le Préteur avait accompli la réforme du droit : mais le règlement judiciaire n'a été que l'instrument du magistrat romain. M. Rudorff va peut-être trop loin, quand il dit : *Cum persuasum habeam, in formulis ordinariis summam rei positam esse* (1). Le réformateur de l'Édit n'a vu, ajoute-t-il, dans les faits déférés à la justice que deux catégories d'actes, les uns provenant du plaideur, les autres provenant du magistrat. Les premiers devaient s'appuyer de la loi civile ; les seconds avaient leur règle dans le programme de la juridiction Prétorienne : « Universam « juris privati persecutionem in duo genera a Juliano deduc- « tam esse, quorum alterum a litigatoribus, alterum a Judice « procedit : illud ex vetere jure civili descendit, hoc ex ipsius « Prætoris jurisdictione originem ducit. »

Reconnaissant le bouleversement général et profond accompli par Tribonien (M. Rudorff n'aurait-il pas dû tenir compte de la révolution déjà opérée par Dioclétien, dans la pro-

(1) Pages 2 et 3 de la *præfatio*.

cédure romaine ?), pour accommoder le texte lui-même de l'Edit, ou du moins ses lambeaux, à la construction du Digeste byzantin, le savant professeur de Berlin assure que, sans le quatrième livre de Gaius, il ne pourrait rien comprendre à l'œuvre de Julien et d'Hadrien. Ce quatrième livre lui paraît être comme la clef et l'abrégé de l'Édit perpétuel : « Qua in re, cum pleraque a Triboniano immutatæ sint, ne a « vera Juliani ratione aberremus, Gaii beneficio efficitur ; « nam quartum institutionum commentarium.... ad Juliani « ordinem compositum esse, ideoque... ducem nobis haberi « posse, facile percipitur» (1). Nos lecteurs peuvent apprécier, par ces quelques lignes, le caractère hypothétique, mais aussi l'importance et la nouveauté du monument de restauration dont M. Rudorff vient d'enrichir la littérature juridique.

Dans la restitution même de l'Édit perpétuel, trois points ont, surtout, attiré l'attention de M. Rudorff : l'ordre des matières qu'auraient suivi les rédacteurs de l'Édit, les formules d'action et le fonds de la doctrine juridique. Ajouterai-je cette forme merveilleuse de langage, qui semble être l'expression de la justice éternelle ? La majesté, l'autorité du texte original dut frapper, à coup sûr, d'étonnement et de respect les jurisconsultes grecs, chargés, par Justinien, de la composition d'un Digeste, à l'imitation de ceux des jurisconsultes romains, et surtout de celui de Salvius Julianus : assimilables toutefois, pour le nom seulement, car, hélas ! le fonds et la forme devaient différer bien profondément ! Mais, si Tribonien et ses collègues étaient condamnés à beaucoup emprunter aux décisions de l'Édit perpétuel, et aux commentaires Sabiniens qui avaient précédé ou suivi ceux de Salvius Julianus, il faut reconnaître qu'ils étaient obligés, par la force des choses, à la démolition de l'Édit lui-même.

La vie juridique, et le mouvement des affaires civiles, n'étaient plus à Constantinople, et sous Justinien, ce qu'ils avaient été à Rome, et sous les Antonins. La *Series* de Tribonien

(1) M. Rudorff, *ib.*

ne pouvait être celle de Julianus. Les formules étaient tombées en desuétude, depuis trois siècles, et les jurisconsultes byzantins n'en comprenaient ni la théorie ni l'application. Restaient les *Sententiæ* elles-mêmes, qui, toutes, ne trouvaiene pas leur place dans le cadre des compilateurs, mais dont une partie notable pouvait décorer le monument nouveau. Tribonien fit, de l'Édit perpétuel et de ses annexes, ce qu'il faisait des œuvres originales des immortels jurisconsultes de la Rome des Césars. Il dépeça l'Édit, comme il dépeça Ulpien, Paul, Gaius, Papinien, Sabinus et Africain. Les rubriques et l'ordre de l'Édit disparurent donc ; les formules étaient déjà mises à l'oubli ; quant au fond même du programme Édictal, il fut lacéré, découpé, éparpillé dans les cinquante livres du Digeste nouveau, selon les besoins et les circonstances de la rédaction ; et c'est pure chimère, à mon sens, que d'avoir cru retrouver, par l'imagination, les rubriques perdues, et d'entrevoir l'ordre de l'Édit, dans l'ordre des Pandectes, ou toute autre part. Ainsi a péri, au moins dans sa forme originale, et pour une bonne partie du fonds lui-même, le monument le plus important de la période impériale de la jurisprudence romaine.

Aussi, dès la renaissance des études juridiques, et surtout au XVIe siècle, les jurisconsultes érudits, rechercheurs curieux et patients d'antiquités romaines, émus par la grandeur des ruines éparses de l'Édit perpétuel, s'appliquèrent-ils à recueillir ses restes et à recomposer l'œuvre entière elle-même, comme ils s'appliquèrent à recueillir et reconstruire l'édifice de la loi des XII Tables. On peut voir dans les prolégomènes de l'ouvrage de L. de Weyhe (1), dans les Institutions littéraires de Haubold, et surtout daus une savante dissertation de ce dernier, insérée dans *le Magazin* de G. Hugo (2), l'histoire détaillée des travaux et des tentatives de restitution, auxquels se sont livrés les jurisconsultes de l'École française du

(1) *Libri tres edicti.* 1821, in-4.

(2) Tome II, 3, n° 14.

XVIe siècle, les Brisson, les Baron, les Ranchin, et d'autres jurisconsultes de divers pays. Haubold lui-même, et après lui M. Haenel, ont donné un excellent recueil des *Sententiæ superstites*, auquel il est difficile de beaucoup ajouter, au point de vue de la certitude textuelle.

Partant d'une autre méthode que ses prédécesseurs, et plus éclairé qu'eux, M. Rudorff aspirait à la création d'une œuvre tout à fait différente. Son cadre et son programme sont en vérité tout autres. Il est impossible de ne pas admirer ce qu'il y a d'ingénieux, d'érudit et de profond, dans son ouvrage et l'on comprend que, fidèle à la logique, il ait donné une si grande place, une si grande importance, à la reconstruction des formules délivrées par le préteur, selon les cas divers d'application de l'Édit. Nul, auparavant, n'avait songé à tirer du quatrième livre de Gaius le parti qu'en a tiré M. Rudorff. On comprend mieux encore, quand on songe aux ressources que son habileté trouvait dans les *Notes* de Probus, publiées par M. Mommsen, quelle distance sépare l'ouvrage de M. Rudorff de tous ceux qui l'ont précédé, dans la même voie de restitution de l'Édit perpétuel; on comprend trop bien enfin, quelle part il a dû faire à la conjecture, dans sa docte élucubration.

S'il faut dire, ingénument, toute ma pensée, je crains que l'œuvre si savante et si laborieuse du professeur de Berlin, pris au pied de la lettre, ne diminue quelque peu le prestige attaché à la composition, philosophique à la fois et politique, des magistrats romains, ou du jurisconsulte commissionné par Hadrien. Si c'était la vérité, il faudrait, à coup sur, s'incliner. Mais est-ce là bien la vérité ? L'instrument des formules d'action ne formait-il point l'objet d'un *Album* à part ? Les notes d'Einsiedeln me semblent l'indiquer. Je vois donc une hypothèse de plus, dans la grande restauration de M. Rudorff, tout en reconnaissant sa haute valeur. Le dirai-je ? J'en éprouve un chagrin d'artiste, et le sentiment d'art n'est point à dédaigner pour juger les œuvres des anciens.

Les formules qui accompagnaient l'Édit perpétuel étant con-

plétement effacées des compilations de Justinien, si tant est que la plupart des jurisconsultes eux-mêmes de l'époque classique n'aient pas négligé de les recueillir, Tribonien a du moins supprimé toute trace du contraire, aucun des anciens éditeurs, ou collecteurs des fragments de l'Édit, n'avait soupçonné, avant les découvertes de notre siècle, la relation qui existait entre les formules naguère retrouvées, et les *sententiæ*, qui avaient échappé au naufrage. Tout ce qu'on avait su reconnaître, c'est que des formules figuraient sur les *Albums* Prétoriens (1). Cicéron, *pro Roscio Com.*, et Ulpien, en plusieurs endroits, nous avaient appris que les magistrats romains exposaient publiquement les formules qu'ils promettaient de délivrer aux plaideurs. Il restait la question indécise (2) de savoir si cette exposition était l'objet d'un tableau particulier, ou bien si à chaque chef de l'Édit était jointe la formule de l'action. La découverte de Gaius paraît avoir inspiré à M. Rudorff l'idée de résoudre, par le fait même, cette difficulté, sans la discuter, en ajoutant à chacun des articles de l'Édit, restitués ou reproduits, la formule correspondante.

Malgré l'autorité du savant Romaniste, j'incline pour le système opposé. Cicéron dit : « Sunt jura, sunt formulæ de « omnibus rebus constitutæ, ne quis aut in genere injuriæ, « aut ratione actionis errare possit. Expressæ sunt enim ex « uniuscujusque damno, dolore, incommodo, calamitate, « injuria, publicæ a Prætore formulæ, ad quos privata lis ac- « commodatur » (3). Ne voit-on pas là une indication de l'Album spécial des formules? Depuis Dioclétien, cet Album n'a-t-il pas dû être supprimé, comme inutile? Les Notes de Probus ne sont-elles pas des lambeaux de ces programmes de formules? Cujas et Duarein avaient cru que les formules et les *Sententiæ* se lisaient sur le même Album; mais Heineccius, dans son histoire de l'Édit per-

(1) Voy. de Weyhe, *loc. cit.*, pages 135-36.
(2) Voy. Cujas, *Observat.* VIII, 15.
(3) *Pro Roscio comœdo*, VIII, 24.

pétuel, les séparait en deux Albums distincts, et se fondait sur le texte où Ulpien nous dit, à propos de la production ou *édition* de l'action, que : « Edere est, copiam de« scribendi facere, vel in libello complecti et dare, vel dic« tare. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversa« rium ad Album, ut demonstret, quod dictaturus est, vel in« dicendo, quo uti velit » (1); ce qui semble bien désigner l'Album particulier des formules d'action, en présence duquel le demandeur vient indiquer au défendeur quelle est celle qu'il va choisir, et dont il se propose d'user contre lui, après l'avoir obtenue du Préteur.

En résumé, le grand travail de restitution des formules, que M. Rudorff offre aux amateurs de droit romain, est de la plus haute importance, et d'un prix infini. J'estime, comme lui, que le système formulaire a été l'instrument principal de la jurisprudence Prétorienne, et des améliorations introduites par elle dans le droit civil. La loi Æbutia est le point de départ des grandes réformes du droit romain. Sous le régime des *Legis actiones*, le magistrat n'avait pas le pouvoir de donner, de refuser, de modifier le droit d'agir en justice. A ses risques et périls, le demandeur procédait directement. Après l'introduction du système formulaire et des envois en possession, il en fut autrement. Le pouvoir Prétorien fut alors presque substitué au pouvoir législatif. L'un put paralyser l'autre, y ajouter, le modifier, le supprimer. On se rend compte facilement du procédé, à la seule lecture des fragments qui subsistent de l'Édit perpétuel. A la vérité, le magistrat ne se heurte jamais directement à la loi, mais il en suspend, ou il en étend, ou il en assouplit l'application, par la délivrance des formules, qui doivent nécessairement en modifier l'exécution ; sans parler des situations nouvelles, créées par le temps, le progrès social, le changement des mœurs : situations où le Préteur s'attribue, avec le consentement tacite des justiciables, un pouvoir réglementaire, tout à fait nouveau. L'ab-

(1) Fr. I, § 1, Dig. 2, 13, *De edendo*.

surde juridiction pontificale était tombée en ruines. Au nom de l'équité, de la raison, le magistrat romain inaugure une jurisprudence régénérée, au moyen du gouvernement de l'action judiciaire, et des *Bonorum possessiones*.

Le chapitre que M. Rudorff a consacré aux *Bonorum possessiones* est des plus intéressants, par les documents nouveaux, ou trop peu remarqués, qu'il y a recueillis. Je ne lui reprocherai point de ne s'être pas arrêté à disserter sur l'origine de la *Bonorum possessio*, et de n'être pas entré en lice avec les plus célèbres de nos archéologues modernes du droit romain, pour déterminer les causes de l'introduction et de l'extension de ce droit Prétorien (1). Ces causes ont été multiples, et chacune d'elles a contribué au développement du pouvoir magistral, à cet égard. L'erreur des Romanistes systématiques a été de vouloir ramener ces causes à une seule; le résultat aboutit à l'expansion des attributions Prétoriennes. En rappelant l'attention sur le texte des Verrines, relatif à la *bonorum possessio*, M. Rudorff a fait acte de vive intelligence. J'aurais voulu pourtant qu'il fît un pas de plus. A qui médite sur ce texte de Cicéron, n'apparaît-il pas qu'il pouvait y avoir, en ce temps-là, une *Bonorum possessio unde Gentiles?* Le vieux Edit que Verrès avait changé, ne promettait-il pas cette *bonorum possessio* à la *gens Minucia?* la question valait d'être examinée, M. Leist, et M. Hingst entendus. M. Rudorff se borne prudemment à relater le texte de l'orateur romain. Je regrette d'être ici privé de son avis, surtout après la découverte de la *Laudatio funebris* de Turia (2) où la *gens* joue un rôle si nouveau.

En envisageant la matière, au point de vue général de la

(1) Voyez l'indication de ces divers systèmes dans les ouvrages de MM. Leist et Hingst, sur la *Bonorum possessio*.

(2) Cf. les deux éditions qui ont été données de cette pièce si importante : par M. Mommsen, dans les Mém. de l'Académie de Berlin, pag. 456 et suiv. du vol. de 1863; et par M. Huschke, dans la *Zeitschrist für R. G.*, de MM. Rudorff, Bruns, etc., Weimar, 1866, 5e vol., pag. 161, suiv.

théorie Prétorienne, un autre texte de Cicéron, tiré du *De Legibus* (II, 19), nous apprend qu'au temps de la guerre sociale, et surtout pendant la guerre civile, le fait se produisit plus d'une fois de l'absence de tout héritier *légitime*, dans une succession. On peut, en effet, supposer un *sui juris* mourant intestat, et sans enfants : en pupillarité, si l'on veut. Le *proximus agnatus* ne pouvait, ou ne voulait *adire hereditatem*, et la *Gens* était dissoute. Dans ce cas, et dans l'intérêt de la continuation des *sacra*, on avait admis que l'*hereditas* était *res nullius*, et que le premier occupant pouvait *usucapere pro herede*, à charge par lui de fournir le service des *sacra privata*, dont l'abandon était réputé calamiteux. On peut facilement imaginer aussi, qu'en présence de cette invasion du premier occupant, il existait néanmoins un agnat plus éloigné, dont l'accès à la succession était empêché par l'*agnatus proximus*, premier appelé, mais écarté, ou renonçant : la non-dévolution d'un degré à l'autre étant de principe, en cet ordre de succession. Supposons mieux encore : un frère, ou fils du *de cujus*, sorti de la famille, par l'émancipation, ou une sœur qui avait passé par la *coemptio* dans une autre famille. Il est bien clair que tous les sentiments de la nature étaient froissés, en ces cas divers, par l'*usucapio pro herede*, et qu'au milieu de cette population italique, renouvelée ou transformée, la vieille raison d'être de la loi primitive, ou de la coutume religieuse, ne suffisait plus à la justifier. Je pourrais facilement multiplier les hypothèses analogues, où le même résultat était produit, par l'application rigoureuse de la loi.

Or, le pouvoir des magistrats romains se manifestait par deux modes d'action, qui sont séparés dans notre organisation moderne, mais qui étaient quelquefois réunis chez les Romains, comme ils l'ont été jadis en France, je veux dire le pouvoir exécutif pur, l'*imperium*, et le pouvoir judiciaire, *jurisdictio*. Aucune autre règle que celle de la responsabilité du magistrat ne limitait ces deux pouvoirs ; on s'adressa donc au Préteur pour obtenir, par des motifs d'équité, l'envoi en possession des biens de l'*intestatus*, dont la fortune allait devenir

la proie du premier occupant; et comme le demandeur invoquait, en sa faveur, ces grandes lois naturelles, qui sont au fond de tous les cœurs, le magistrat ne craignit pas d'engager sa responsabilité, pour octroyer un titre de possession, qui ne semblait léser personne; et il pourvut la *Bonorum possessio* d'une protection spéciale, par l'interdit *Quorum bonorum*. Cet acte d'autorité reçut l'approbation générale; il avait son contrôle, dans le pouvoir électoral du peuple souverain. De la succession *ab intestat*, le pouvoir Prétorien s'étendit bientôt, toujours appuyé sur l'équité, à la succession testamentaire, en des cas de simples vices de forme; et c'est ainsi qu'un système nouveau de succession se substitua insensiblement à l'ancien, c'est-à-dire, le droit de la nature au droit de la politique surannée, et du vieux culte, miné par l'incrédulité. Depuis lors, le droit d'adjuger une *Bonorum possessio* forma, sous le nom de *mixtum imperium*, l'attribut consacré de la Préture (1). Appliqué sur la plus vaste échelle, il a fait le salut de la société romaine, après les bouleversements de la propriété territoriale en Italie, et à la suite des guerres civiles. Sous l'empire, la *Bonorum possessio* revêtit un caractère plus général encore; elle servit efficacement le pouvoir nouveau, lequel lui accorda grande faveur, ainsi que cela ressort des textes réunis par M. Rudorff; mais le droit lui-même du Préteur était fortement établi, dès le siècle de Cicéron, puisque l'orateur accusait Verrès d'y avoir prévariqué.

Le fameux Edit Carbonien (2), qui devait son origine à une autre manifestasion d'intérêt public, en faveur des pupilles,

(1) « Imperium aut merum est, aut mixtum est. Merum est imperium, habere gladii potestatem ad animadvertendum... quod « etiam potestas apellatur. Mixtum est imperium. cui etiam jurisdictio inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia. » Ulpien, Fr. 3, Dig., 2, 1.

(2) « Si cui controversia fiet an inter liberos sit, et impubes sit, « causa cognita, perinde possessio datur ac si nulla de ea re controversia esset, et judicium in tempus pubertatis, causa cognita, « differtur. » Fr. 1, Dig. 37, 10.

menacés quelquefois de perdre leur *Status*, dans une procédure régulière, mais compromettante pour eux, et qui consacrait en leur faveur une disposition protectrice, qu'on ne rencontre plus dans aucune Législation ; l'Edit Carbonien, dis-je, est d'une haute antiquité. Les uns le rapportent à l'*Album* d'un *Prætor peregrinorum*, de l'an de Rome 582 (1) ; d'autres l'attribuent à un consul d'une époque postérieure, mais antérieure aux brillantes années de Cicéron. D'autres en font l'auteur contemporain du grand orateur lui-même, mais de son âge mûr seulement (ans 669, 670, 671, 672?) (2). Sur ces questions diverses, les renseignements fournis par M. Rudorff sont des plus complets. Partout, il a rapproché les plus anciens documents, des plus modernes. Tout ce qui reste de vestiges des Edits provinciaux, des règlements de Préteurs de tout âge, et même de réglements civils de magistrats municipaux, se trouve indiqué dans son volume.

Ainsi, au titre *De postulando*, on peut comparer la loi *Julia municipalis*, avec l'*Edictum perpetuum* qui fut probablement la source de la loi ? Au titre *De cautione damni infecti*, et au titre *De re judicata*, le texte de la loi *Rubria* éclaire les dispositions de l'Edit. Les monuments récemment découverts de l'épigraphie, tels que l'Edit de Venafrum, les tables de Malaga, la *Forma fiduciæ*, et d'autres, sont savamment mis à contribution. Nul historien du droit romain n'a fouillé avec plus de succès que M. Rudorff, dans la correspondance de Cicéron. Il a beaucoup ajouté aux recherches déjà si heureuses de M. Keller (1). L'investigation des sources de tout genre est merveilleuse par ses résultats, sous sa main savante et exercée.

Les Verrines lui ont révélé la *formula Octaviana* et fourni la *lex Hieronica ;* Térence, la formule Publicienne rescisoire ; Plaute a donné d'aussi curieuses indications ; Suetone, la *Formula injuriarum actionis ;* Tacite, un Edit de Néron, *De prædiatoribus ;* Aulu-Gelle, un vieux Edit *De fluminibus retan-*

(1) D'après Tite-Live, 44, 17 et 45, 12, Kreyssig.
(2) Voy. Hingst, *De bonor. possess.*, p. 157.
(3) Voy. les *Semestria ad M. T. Ciceronem*, Zurich, 1842, 3 part. in-8.

dis ; Pline l'Ancien, d'utiles renseignements au sujet du *damnum infectum ;* Macrobe, sur un autre point; les *gromatici*, les *scoliastæ,* les *grammatici*, et les glossateurs byzantins des Basiliques, sur une foule d'autres. A leur tour, les auteurs classiques reçoivent de l'ouvrage de M. Rudorff des clartés inattendues, par exemple un passage de la *Germania*, de Tacite, à propos de la *pecunia constituta*, et quelques Édits des édiles, inventés par l'esprit facétieux de Plaute (1). Tout est donc digne de l'estime des érudits, dans ce bon volume, où brillent les richesses de la science la plus variée, les appréciations de la critique la plus saine, les ressources de l'esprit le plus pénétrant et le plus ingénieux. En fait de restitution de textes, M. Rudorff est passé maître, depuis longtemps. Qui peut oublier ses beaux travaux sur la *Minuciorum sententia*, sur le Testament de Dasumius, sur la loi Thoria, sur la loi Acilia, etc.? Cette œuvre de lente application, pour laquelle notre esprit français semble trop impatient, à moins qu'il ne s'appelle Letronne, ou L. Rénier, offre bien des périls, sans doute, mais elle convient à l'esprit allemand à la fois solidement érudit, lumineusement imaginatif, et audacieusement réfléchi. Si nous en critiquons quelquefois les libertés hardies, nous n'en apprécions pas moins le haut mérite et la valeur savante.

M. Rudorff a donc rendu à l'histoire du droit un immense service, en recueillant, plus complétement que personne, avant lui, les restes et les traces du monument immortel de l'Édit Prétorien, et en appelant l'attention publique sur des points jusqu'à présent négligés, vivement illuminés désormais par l'excellent ouvrage dont il vient de doter la littérature juridique. Les Romanistes ne sauraient lui en témoigner assez de gratitude.

CH. GIRAUD,
Membre de l'Institut.

(1) Dans les Captifs, IV, 2, 33 et suiv., Naudet.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES PARTAGES D'ASCENDANTS, par M. REQUIER, Premier président de la Cour impériale d'Agen. Paris, Cosse et Marchal, 1868, in-8.

Le chapitre consacré aux partages d'ascendants est un des plus courts et un des plus difficiles que contienne le Code Napoléon : il se compose de six articles. On ne peut reprocher au législateur de n'avoir pas compris l'importance du sujet : « Il est, disait Bigot Préameneu (1), un autre genre de dispositions qui doit avoir sur le sort des familles une grande influence, ce sont les partages, etc. » Il est probable que les rédacteurs de la loi crurent prévenir toutes les difficultés, quand ils renvoyèrent, dans l'article 1076, aux « formalités, conditions et règles prescrites pour les donations entre-vifs et testaments ; » ils ne s'aperçurent pas qu'ils s'exposaient à un double péril, d'abord en appliquant, sans aucune modification, les règles faites pour l'exercice du droit de disposer à l'exercice d'une faculté distincte, ensuite en rendant le peu de règles nouvelles qu'ils posaient communes aux deux actes de nature très-différente, l'un entre-vifs, l'autre à cause de mort, par lesquels cette faculté pouvait s'exercer. Cette « douce magistrature » (2), confiée aux parents, devait empêcher les procès ; elle les a multipliés. On a fait la loi obscure, croyant la faire simple ; peut-être l'a-t-on faite illogique et injuste, pour la faire une.

M. Requier, Premier président de la Cour impériale d'Agen, a entrepris de dissiper cette obscurité, de dissiper ces inconséquences et ces injustices, dans un des meilleurs livres que la science juridique ait produits depuis plusieurs années. Disons immédiatement quel en est l'esprit. L'auteur s'est beaucoup moins proposé, en réalité, d'écrire un commentaire sur une partie du Code que de faire revenir la jurisprudence, et, pour le cas où il n'y réussirait point, que de préparer un

(1) *Exposé des motifs de la loi relative aux donations et aux testaments.*

(2) *Discours du tribun Favard au Corps législatif.*

changement de législation sur deux points essentiels : « On a ébranlé, dit-il (n° 5), la stabilité de ces pactes de famille par des théories qui en ont dénaturé le caractère et qui ont détruit toute la confiance qu'ils devaient inspirer. L'ascendant qui distribue ses biens entre ses enfants ne fait, dit-on, qu'un partage anticipé de sa succession, il remplit en cela l'office du juge dans l'intérêt de ses descendants ; il doit donc observer les règles qui sont prescrites aux tribunaux par les articles 826 et 832, C. Nap., et qui tiennent à l'essence même du partage... — Il faut distinguer, a-t-on dit d'autre part, dans l'acte portant partage d'ascendant un double caractère. Pendant la vie du disposant, ce n'est qu'une donation en avancement d'hoirie ; l'acte ne devient partage qu'à l'ouverture de la succession de l'ascendant. C'est donc à cette époque qu'il faut se reporter pour chercher si le partage est conforme à la loi. Il faut en conséquence estimer les biens suivant leur valeur au jour du décès de l'ascendant pour vérifier si l'un des copartagés a été lésé de plus du quart. » M. Requier montre avec énergie les inconvénients de la doctrine qui, après bien des variations, a été définitivement consacrée sur ces deux points, la sagesse et la tendresse d'un père rendues impuissantes par la nécessité où il se trouve de suivre des règles établies pour la composition de lots dont le sort aveugle doit disposer et de n'avoir aucun égard à l'aptitude, aux intérêts de ses enfants, l'égalité vainement observée dans le partage et l'acte rescindé parce qu'elle ne se trouve plus, quelques années après, au décès de l'ascendant entre les lots tels que les ont faits le cours des événements et l'administration de chaque descendant, les théories de la jurisprudence exploitées par des copartageants lotis en argent qui réalisent un double bénéfice, en gardant pour eux l'accroissement de capital obtenu par l'habile emploi de leurs fonds, en prenant leur part dans la plus-value des immeubles attribués aux autres copartageants. Que ces effets soient injustes, cela est évident ; qu'ils discréditent le partage d'ascendant, cela est inévitable. La Cour qui les voit du plus près et le plus souvent est la

seule qui repousse avec fermeté la jurisprudence d'où ils résultent. Ils devaient attirer l'attention d'un de ses membres les plus considérables. Déjà M. Requier avait combattu dans deux articles forts remarqués (1) la théorie qui prévaut à la Cour de cassation. Il a complété son œuvre.

Nous ne voulons pas représenter le *Traité* de M. Requier comme un ouvrage de controverse. Nous avons dû faire connaître la pensée qui l'a inspiré. Mais l'auteur a justifié son titre et donné une exposition didactique de la matière. Les études qu'il a faites en vue de ses premiers travaux ont-elles réuni entre ses mains des matériaux suffisants pour un traité complet, et a-t-il voulu en faire profiter le public ? ou plutôt n'a-t-il pas cru servir son opinion en montrant, par l'enseignement détaillé, impartial du sujet tout entier, que rien au fond ne la contredit, que tout concourt à l'établir ? De là un ouvrage excellent, savant et sobre, indépendant et judicieux, toujours clair, quoique le sujet soit plein d'obscurités et de subtilités. L'ordre est en général irréprochable ; peut-être cependant l'auteur aurait-il mieux fait de ne pas rattacher à la loi du 16 juin 1824, aux droits de mutation, plusieurs questions, fort intéressantes en elles-mêmes pour l'application des règles purement civiles. (V. n° 108 et 109.) Il a cédé à la jurisprudence, lui qui, d'ordinaire, la domine avec une remarquable force d'esprit, et c'est un rare mérite. La jurisprudence enrichit, mais embarrasse. Il est difficile de ne point la suivre pas à pas, soit pour l'embrasser, soit pour la combattre. Rester maître de son sujet, garder la libre disposition de son ordre et le droit de faire ressortir les principes, y rattacher les décisions judiciaires, mais à la place que leur assigne une méthode rationnelle, voilà une tâche vraiment scientifique, et M. Requier l'a su bien remplir.

S'il a mis beaucoup de soin à composer un *Traité*, il n'a

(1) *Revue pratique de droit français*, t. XXI, p. 353 ; t. XXII, p. 481. Depuis la publication de son livre, le savant auteur a donné encore à la même *Revue* de nouvelles *observations* : t. XXVI, p. 193.

pas mis moins d'habileté à le faire servir au dessein important que nous avons indiqué. Il expose, dans un court et lucide historique, les règles du droit romain et de notre ancien droit sur le partage d'ascendant : il y montre, sans affectation, mais avec précision, que, « à aucune époque de la législation romaine ni de notre ancien droit, on ne trouve rien qui ressemble à notre partage entre-vifs de biens présents, qui transmet immédiatement à chacun des copartagés la propriété incommutable de son lot » (n° 27 *bis*), et, à propos des démissions de biens, que « le partage fait par un ascendant n'a jamais été qu'un partage de succession, dont l'effet définitif et incommutable ne pouvait se produire qu'au décès du disposant. La démission de biens, ajoute-t-il, lors même qu'elle était irrévocable, n'était qu'une mise en possession provisoire et conditionnelle de la succession future du démettant. » (N° 39. Cf. n° 31-33.) Il ne nous dit pas encore quel parti il tirera de ces conclusions, où se trouve pour lui renfermé tout l'intérêt de son étude historique. Arrivé au droit usuel, il fait observer que « le partage entre-vifs se présente avec des caractères tout nouveaux, qu'il n'emprunte pas ses règles aux précédentes législations » (n° 80). Quels sont ces nouveaux caractères ? L'ascendant « fait à la fois une donation en avancement d'hoirie et un partage, » l'un et l'autre différant des actes ordinaires qui portent ces noms, la donation, en ce qu'elle est dispensée du rapport, le partage en ce qu'il est à la fois « dispositif et déclaratif, » au lieu d'être simplement déclaratif; le partage entre-vifs, dans son ensemble, constitue un troisième mode de disposer à titre gratuit, distinct de la donation par préciput, qui ne saurait comprendre la réserve, de la donation en avancement d'hoirie, où le père n'est forcé ni de comprendre tous ses enfants ni d'observer entre eux l'égalité, mais qui astreint les donataires au rapport (n° 81). Un peu plus loin, l'auteur rencontre et combat une théorie contraire, celle de MM. Genty et Demolombe, qui fait du partage entre-vifs « une donation entre-vifs contenant le partage anticipé de la succession du donateur »... « De là il ré-

sulte que la donation entre-vifs portant partage d'ascendant a deux caractères : l'un actuel et certain, celui de la donation; l'autre futur et éventuel, celui de partage de succession, » et le dessein de l'auteur se manifeste : « C'est par application de ce système qu'on a décidé que pour vérifier si le partage contient une lésion de plus du quart, il faut estimer les biens, non suivant la valeur qu'ils avaient au jour de l'acte, mais suivant leur valeur à l'époque du décès de l'ascendant » (n° 92). Ainsi l'argumentation est répandue dans tout l'ouvrage, sans affecter, au moins d'une manière constante, cette forme de la controverse qui met l'esprit en méfiance. La discussion que l'auteur engage sur le caractère du partage entre-vifs lui permet de mettre à profit son enseignement historique, en opposant cet acte, créé par le droit nouveau, aux anciennes démissions de biens (n° 94). Enfin la question elle-même se présente : à quel moment faut-il estimer les biens, pour savoir si l'un des copartagés est lésé ? A la date même de l'acte, qui est immédiatement un partage, selon M. Requier. Nous ne pouvons reproduire ni même résumer toute la discussion, nous nous bornerons à signaler la critique judicieuse des arrêts où la Cour de cassation applique à une action en rescision de partage l'art. 922, C. Nap., fait pour une action en réduction (28 janvier et 29 août 1864), et nous arriverons à l'argument essentiel où aboutit la théorie de l'auteur : « Le demandeur en rescision prétend que la distribution faite par l'ascendant n'a pas le caractère d'un partage, parce que la règle de l'égalité n'a pas été observée ; il demande, en conséquence, que les biens soient rapportés à la masse pour être partagés également. Le défendeur soutient, au contraire, que la disposition de l'ascendant est conforme à la règle de l'égalité et qu'elle doit être maintenue comme constituant un partage définitif et incommutable. Voilà tout le procès. L'acte attaqué est-il un partage ou seulement un avancement d'hoirie sujet à rapport ? C'est la seule question à juger. Pour la résoudre, que faut-il rechercher ? Si l'ascendant a fait une répartition égale des biens qu'il a donnés à ses en-

fants. Or il est impossible de faire cette vérification sans se reporter au jour de l'acte, afin de comparer la valeur respective des lots composés par l'ascendant. » (Nos 186 et 187.)

L'auteur peut-il, sans inconséquence, affirmer que l'action en rescision ne saurait être intentée contre le partage qu'après le décès de l'ascendant, que la prescription court seulement du jour de ce décès ? Cette impossibilité où est, d'après lui, le copartagé d'agir en rescision durant la vie de l'ascendant, il ne la fonde pas sur un défaut de droit, mais sur un défaut d'intérêt : l'acte rescindé resterait valable comme donation, et, nul donataire ne pouvant être restreint au rapport tant que vit le donateur, chaque descendant garderait sa part ; au contraire, après le décès, l'enfant lésé peut faire prononcer le rapport et procéder à un nouveau partage (n° 235). L'auteur tire un parti ingénieux de la même idée, quand il explique pourquoi le renonçant ne peut agir en rescision ; ce n'est pas qu'il lui refuse le droit à l'égalité, ne voyant pas en lui de droit héréditaire ; c'est qu'il ne lui reconnait pas d'intérêt. Le renonçant restituerait tout, si la donation tombait avec le partage par suite de la rescision, et il ne pourrait contraindre au rapport des codonataires qui ne seraient pas ses cohéritiers, pour faire procéder à un nouveau partage. Si la rescision laissait subsister la donation, il ne pourrait rien retenir au delà de la quotité disponible (n° 181). Ainsi l'auteur échappe au reproche d'inconséquence, adressé plusieurs fois et non sans raison à ceux qui se placent au moment de l'acte pour apprécier la lésion et qui remettent au décès de l'ascendant l'exercice de l'action en rescision (1).

La cause de M. Requier nous paraît très-bonne en législation : nous aurions voulu croire que le Code avait consacré son opinion. En somme, tout s'explique aussi nettement

(1) M. Labbé, *Journal du Palais*, 1863, p. 937. — M. Demolombe, *Traité des Donations entre-vifs et des Testaments*, t. VI. n. 221, reprochait à la doctrine de M. Requier de se trouver « en contradiction avec elle-même. » Les nouveaux développements de M. Requier tendent à écarter ce reproche.

dans son livre que dans ses articles, il fait entendre que l'on n'a pas besoin d'être héritier pour être lésé ; constater un défaut d'intérêt chez les renonçants après la mort de l'ascendant, chez tous les copartagés de son vivant, et rattacher à ce défaut d'intérêt l'impossibilité d'agir, n'est-ce pas soutenir implicitement cette proposition ? Cette théorie est fort ingénieuse : le droit à l'égalité qui existe immédiatement entre les copartagés, qui survit à la renonciation, sans pouvoir servir de fondement à une action utile en rescision, explique et peut seul expliquer d'une manière satisfaisante l'obligation de garantie, l'existence d'un privilége entre les premiers, ou, après la renonciation, entre ceux qui l'ont faite et ceux qui ont accepté. Mais d'où procède-t-il ? En général l'égalité est due aux copartageants, parce qu'il ne s'agit que de transformer un droit indivis, existant avant le partage, en un droit divis : le partage « est une opération... dans laquelle chacun ne doit se proposer, comme dans un compte, que d'obtenir *ce qui lui appartient*, ni plus ni moins » (1).—*Ce qui lui appartient ;* or, rien n'appartient à aucun des copartagés avant la donation-partage, acte un et indivisible, quoique complexe ; ce qui peut leur appartenir plus tard, c'est un droit héréditaire au nom duquel ils réclameront l'égalité. Pour qu'ils fussent lésés en qualité de donataires, il faudrait décomposer le partage entre-vifs en deux actes, au lieu d'y voir un acte unique ayant un double caractère, il faudrait y trouver d'abord une donation universelle, conférant à chaque descendant un droit indivis sur le tout, ensuite un partage où l'égalité serait violée ; mais ce serait dénaturer l'institution. De quel droit le père ferait-il le partage après s'être dépouillé de ses biens ? M. Requier est si loin d'admettre cette décomposition dans les partages ordinaires entre-vifs qu'il n'attache aucun effet à la clause où elle est positivement exprimée ; *il* s'accorde avec la plupart des auteurs pour la mettre de côté comme un simple accident de rédaction (n° 235).

(1) M. Demolombe, *Traité des Successions*, t. V, n. 413.

Il est vrai qu'on peut trouver étrange cette conception d'un acte qui a un double caractère, l'un pour le présent, l'autre pour l'avenir, donation destinée à se convertir en partage de succession. Il est plus conforme au sens des mots employés par le Code, à la nature même des choses de reconnaître que l'acte est à la fois immédiatement une donation et un partage. Ce qui peut lui venir plus tard, ce n'est pas le caractère de partage, qu'il a dès le moment où il est fait; c'est le vice, qui le rend sujet à rescision. On ne saurait dire que le partage lèse un des descendants, il n'est lésé que par la réunion du partage, fait entre-vifs, et de la qualité héréditaire, acquise par lui lors du décès de son ascendant; à ce moment seul le partage se complète en quelque sorte et prend ce caractère, essentiel pour que l'action en rescision soit ouverte, d'avoir été fait entre des héritiers et au préjudice de l'un d'eux.

Aussi sommes-nous disposé à croire qu'il faut une réforme législative pour corriger les effets désastreux de la doctrine, juridiquement exacte, qui prescrit d'évaluer les biens au décès de l'ascendant pour vérifier la lésion. Nous nous empressons de reconnaître qu'une telle réforme est désirable; c'est déjà beaucoup qu'elle soit désirée et vivement réclamée dans les pays où se pratique le plus fréquemment le partage d'ascendant. L'article de loi que propose M. le président Requier pour la consécration de son système, nous paraît aussi juste que bien rédigé. Ce système n'est pas lui-même exempt d'inconvénients : « Sans doute, dit M. Labbé qui le soutient comme étant celui du Code, dans notre théorie, le partage anticipé expose les enfants à des chances. Mais, d'une part, les chances bonnes et mauvaises se contrebalancent, et, d'autre part, ce partage ne se fait que de leur consentement. C'est à eux de peser les avantages et les inconvénients du pacte de famille que leur père leur propose. » La plus grave objection est tirée de « l'estimation rétrospective qu'il faudrait faire des biens à l'époque plus ou moins reculée du décès, d'après leur valeur à l'époque de la dona-

tion » (1). Elle serait facile à lever pour ceux qui admettent, dans l'interprétation de la loi actuelle, ou qui voudraient admettre, dans une réforme législative, l'action en rescision à partir du partage. Une des innovations que propose M. Requier consiste d'ailleurs à réduire à deux ans le délai dans lequel cette action pourrait être exercée; il est vrai qu'il lui donne le jour du décès de l'ascendant pour point de départ, et l'on ne peut dire qu'il évite l'inconvénient signalé. Mais, entre plusieurs maux, ne faut-il pas choisir le moindre, celui dont, à la rigueur, il serait possible de se garantir ?

Sur la seconde des deux questions soulevées de nouveau par M. Requier, nous trouvons sa réforme utile, puisqu'elle donnerait législativement, puisqu'elle imposerait une excellente solution, mais nous ne la trouvons pas aussi nécessaire, parce que son interprétation nous paraît tout à fait juste. L'auteur soutient que l'ascendant n'est pas obligé de se conformer aux règles prescrites par le Code dans les art. 826 et 832 (n° 144 et suiv.). Il fait voir, par les travaux préparatoires, que les rédacteurs du Code ont confié au père de famille le soin de distribuer son patrimoine à ses enfants, c'est-à-dire ont laissé « à sa prévoyance et à son affection le soin de distribuer ses biens selon la convenance, les aptitudes de chacun d'eux et les intérêts généraux de la famille, » en réservant aux enfants le droit de critiquer la distribution dans deux cas seulement, ceux qui sont prévus par l'art. 1079. Les règles d'un partage, qui doit aboutir à un tirage au sort, ne conviennent pas à celui qui n'est fait qu'en raison de considérations personnelles. Celles qui, dans l'ancien droit, se rattachaient d'ordinaire à la défense d'avantager un héritier à une prodigieuse différence de valeur entre les meubles et les immeubles, ne se comprennent plus dans une législation qui admet le préciput, avec les changements économiques qui ont donné aux meubles une valeur presque égale, quelquefois supérieure à celle des immeubles. L'auteur rejette,

(1) *Traité des donations*, t. VI, n. 221.

d'ailleurs avec raison, le système qui distingue entre le partage testamentaire et le partage entre-vifs, et qui écarte, à propos de celui-ci, l'application des art. 826 et 832, en se fondant sur ce que la composition des lots est acceptée par les donataires : « L'acceptation est nécessaire à la validité du partage, parce qu'il est soumis aux formes des donations ; » mais c'est le pouvoir du père qui est en question ici. Ajoutons que le consentement des descendants serait sans force, comme constituant un pacte sur succession future, et qu'il ne pourrait, par conséquent, donner à la volonté du donateur l'efficacité dont elle serait dénuée. Enfin l'auteur met, croyons-nous, ses adversaires dans un grand embarras, en leur demandant pourquoi ils distinguent entre les formalités du partage judiciaire : de quel droit suppriment-ils unanimement le tirage au sort ? Les uns veulent que l'immeuble impartageable soit licité, les autres reconnaissent au père la faculté d'en disposer à son gré. Comment justifier ce choix fait dans un « ensemble qui ne peut être divisé ? » L'argumentation de M. Requier sur cette question nous paraît nouvelle en partie et toujours forte, et nous ne croyons pas qu'on ait jamais réfuté son opinion d'une manière satisfaisante. Le danger d'une répartition injuste, qui mettrait sans raison les bonnes et solides valeurs dans un lot, les mauvaises dans un autre, est réel, mais l'inconvénient qui résulte d'un démembrement inévitable, des attaques dirigées après coup contre le partage le mieux fait, est plus grave, parce qu'il doit se présenter beaucoup plus fréquemment et qu'il vicie le partage dans ce qu'il a d'essentiel.

Nous trouverions encore, si l'espace nous le permettait, bien des sujets d'étude chez M. Requier. En nous arrêtant, à notre grand regret, nous demandons à faire observer comment naissent les bons ouvrages. Ce n'est pas le plus souvent du parti pris d'écrire, c'est du besoin d'exprimer et de faire reconnaître une idée que l'on croit vraie et qui est méconnue, c'est du noble désir de corriger dans les esprits une erreur, dans les faits une injustice. Tout le monde n'a pas en tout

temps quelque chose à dire; que l'on sache attendre ce que les poëtes appellent d'un beau mot, l'inspiration, ce qu'en tout genre on appelle l'idée; tantôt elle se dégage de la réflexion intérieure, tantôt c'est le dehors qui la suggère, puis le travail se charge de lui donner une forme définitive, de la montrer dans toute son étendue, avec toutes ses conséquences; la science s'enrichit alors d'un livre utile et durable.

ALBERT DESJARDINS,
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris.

ABOLITION DE LA PEINE DE MORT DANS LE ROYAUME DES PAYS-BAS (Projet de loi, suivi de l'exposé des motifs). Traduction française.— La Haye, Belinfante frères. — Bruxelles, Muquardt. — Paris, Pichon, Lamy et Dewez, 1870, in-8, IV-47 pages.

Au moment où la question de l'abolition de la peine de mort est portée devant le Corps législatif, nous appelons l'attention de nos lecteurs sur cette traduction du projet de loi soumis le 21 novembre dernier à la seconde chambre du royaume des Pays-Bas. Le texte du projet est accompagné d'un exposé des motifs très-développé, dans lequel la question est successivement examinée au point de vue de l'histoire, des législations étrangères, de la théorie du droit de punir et des garanties de la société. Le traducteur y a joint quelques notes destinées à faire connaître aux lecteurs français l'état actuel du droit pénal dans le royaume des Pays-Bas. La question de la peine de mort tient une trop grande place dans les préoccupations des philosophes, des moralistes, des jurisconsultes et des hommes d'Etat, pour que les documents émanés du gouvernement Néerlandais ne soient pas accueillis et étudiés avec le plus vif intérêt.

E. R.

Paris. Typ. A. PARENT, rue Monsieur-le-Prince, 31.

LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE

DANS L'INDE ANCIENNE ET MODERNE.

---

§ Ier. SOURCES ET MONUMENTS; CARACTÈRES GÉNÉRAUX DU DROIT HINDOU.

1. On a beaucoup exagéré la haute antiquité et l'influence générale de la législation hindoue: peu s'en est fallu qu'on ne lui attribuât l'antériorité sur celle des Hébreux, et souvent on lui a reporté le mérite d'avoir inspiré plus d'une institution privée de la Grèce (*a*). Lors même qu'on s'attache à séparer la question historique du problème religieux et qu'on fait abstraction des difficultés qui peuvent résulter des assertions de nos livres saints, rapprochées des traditions religieuses et des légendes sacrées de l'Inde, il est impossible de placer la législation hindoue, telle que nous la connaissons, avant la constitution définitive du peuple hébreu sous la puissante autorité de Moïse. En effet, le plus ancien monument de la race âryenne, les *Védas*, qui ne sont d'ailleurs que des chants lyriques et religieux et qui ne jettent aucun jour sur la législation, ne paraissent pas remonter au delà du quatorzième ou du quinzième siècle avant

(*a*) Voyez, notamment, les *Études sur le droit civil des Hindous*, publiées par M. Gibelin, à Pondichéry (1846-1847, 2 v. in-8°). Cet ouvrage, rare en France, donne la concordance des lois hindoues avec le droit civil de la Grèce, de Rome et des Germains; il est plein d'aperçus ingénieux et attachants, mais il faut le lire avec précaution; ainsi l'auteur tombe dans l'exagération quand il dit (t. I, p. 24) : «Comme poésie, le livre de Manou plane sur toutes les littératures; comme loi, il domine tous les peuples.»

notre ère (*b*); or, il ne faut pas prétendre rechercher, avant cette époque, des lois ou des coutumes perdues dans les abîmes du passé; trop heureux sommes-nous encore de pouvoir, dans le livre de Manou et dans celui de Yâjnavalkya, tous deux plus rapprochés de nous, étudier les lois écrites qui nous sont parvenues à travers tant de siècles. Il faut même reconnaître que, suivant une opinion très-accréditée aujourd'hui, la dernière rédaction des lois de Manou, celle que nous possédons, serait infiniment plus récente qu'on ne le croyait jusqu'ici et ne remonterait pas au delà du deuxième siècle de notre ère. C'est ainsi qu'on expliquerait certains rapports curieux entre la loi hindoue et la législation grecque. Mais, dans tous les cas, cette influence d'une civilisation étrangère sur la loi hindoue nous paraît difficile à concilier avec l'esprit conservateur et peu progressif de la nation qui va nous occuper, et si nous ne pouvons soutenir que la Grèce ait emprunté à l'Inde, en les perfectionnant d'ailleurs, quelques-unes de ses institutions de famille, nous expliquerions ces points de ressemblance par la communauté d'origine des races pélasgique et hindoue, par leur descendance de la grande famille âryenne.

2. Au surplus, l'ancienne législation des Hindous nous est mieux connue depuis que, aidés des beaux travaux

(*b*) V. Colebrooke, *Essays on the Vedas*, t. I, p. 9-113 de ses *Miscellaneous Essays* (London, 1837, 2 vol. in-8°): la traduction en a été donnée par G. Pauthier, dans les *Livres sacrés de l'Orient* (1841, 1 vol. gr. in-8°, faisant partie du *Panthéon littéraire*). M. Max Muller, *Ancient sanskrit literature* (London, 1859) ne place pas les Védas au delà du XIIe siècle avant Jésus-Christ. — Sur les Védas il faut voir encore : M. A. Maury, *Essai hist. sur la religion des Aryas* (Paris, 1853, in-8°, et Revue archéolog., 9e année), M. Barthélemy Saint-Hilaire, *Des Vêdas* (Paris, 1854, in-8°), M. Eu. Burnouf, *Essai sur le Véda* (Paris, 1863, in-8°). Ces savants acceptent à peu près les calculs de Colebrooke.

des William Jones (*c*), des Colebrooke (*d*) et des Strange (*e*), nos magistrats de l'Inde (*f*) et les érudits indianistes de

(*c*) *Institutes of hindu law, or the Ordinances of Menu* (London, 1796, in-8); ce sont les lois de Manou traduites en anglais Voy. aussi l'édition revue sur le sanskrit de Graves Chamney Haughton (2 vol. in-4, London, 1825).

(*d*) *A Digest of hindu law, on Contracts and Successions*, traduit du sanskrit de Jagannâtha Tercapanchânana, par H. T. Colebrooke (Calcutta and London, 1801, 3 vol. in-8); *Two Treatises on the hindu law of Inheritance*, traduits par le même (Calcutta, 1810; Madras, 1822, in-4). Le premier de ces traités est le célèbre *Dâya-Bhâga* de Jîmûta Vâhana; le second fait partie de la *Mitâksharâ* de Vijnâneçvara, qui, lui-même, n'a fait que commenter le *Livre de loi* (*dharma-çâstra*) de Yâjnavalkya. — Pour bien connaître l'illustre Colebrooke, il faut lire la *Notice historique* sur sa vie et ses travaux, par M. Walkenaër (séance publique de l'Acad. des Inscriptions, du 1er septembre 1848).

(*e*) *Hindu law* (London, 1830, 2 vol. in-8); c'est le droit moderne appliqué dans l'Inde anglaise. — L'ouvrage de Macnaghten : *Principles of hindu law* (London and Leipzig, 1860, in-12) a le même caractère. Au moment où s'impriment ces pages, on nous signale un nouveau *Digest of hindu law cases*, encore inachevé, de MM. West et Bühler (Bombay, 186.; le premier volume est intitulé *Inheritance*, le second, *Partition*, justement les parties du droit civil qui doivent nous occuper; mais il nous est impossible de les trouver dans aucune des bibliothèques publiques de Paris; nous devons à l'obligeance de M. Ad. Regnier la communication du 2e volume (Bombay, 1869, in-8).

(*f*) Gibelin, procureur gén. à Pondichéry : *Études sur le droit civil des Hindous*, déjà citées ; — Orianne, conseiller à la Cour de Pondichéry : 1° traduction, sur l'anglais de Colebrooke, du traité des *Successions* de Vijnâneçvara (tiré de la *Mitâksharâ*) ; 2° du traité des *Successions et Donations* (*Dâya-Krama-Sangraha*) de Sri Krisna Terkâlankara (Pondichéry, 1843, in-8), lequel n'est qu'un abrégé du *Dâya-Bhâga* de Jîmûta Vâhana ; 3° du traité de l'*Adoption* (*Dattaka Tchandrika*) de Devândha Bhatta (Paris, 1844, in-8); — Boscheron-Desportes, ancien président à la même Cour : *Aperçu hist. et analyt. du droit hindou* (V. Revue hist. de droit fr. et étr., 1855, t. I, p. 305 et suiv.); — Sicé, commissaire de la marine dans l'Inde, *Abrégé substantiel du droit hindou*, traduit du tamil (Pondichéry, 1857, in-8). — Nous hésitons à mentionner ici un ouvrage récent, *La Bible dans l'Inde*, par M. Jacolliot (Paris,

France, d'Angleterre, d'Allemagne et de Suisse (*g*) ont porté la lumière sur les institutions mystérieuses de ce pays, et surtout depuis que nous pouvons lire dans notre langue les poétiques Védas (*h*) et le sage code de Manou (*i*).

1869, in-8) : les hardiesses de l'auteur perdent tout crédit, faute d'être appuyées sur les sources ou sur des autorités précises.

(*g*) Aux noms déjà cités, note *b*, pour la France et l'Angleterre, il convient d'ajouter ici : Wynch, trad. anglaise du *Dâya-Krama* précité (Calcutta, 1818, in-4) ; F. W. Ellis, *On the law books of the hindus*, dans les *Transactions of the literary society of Madras* (London, 1827, in-4) ; J. Muir, *Original sanskrit texts on the origin and progress of the religion and institutions of India* (Paris et Leipsick 1858, 4 vol. in-8) ; Prossonno Coomar Tagore, préface de sa traduction anglaise du *Vivâda Tchintamâni* de Vatchaspati Miçra (Calcutta, 1863, in-8) ; — pour l'Allemagne, V. Bohlen, *Das alte Indien*, t. II, ch. III et IV (Kœnigsberg, 1830, 2 vol. in-8) ; Weber *Vorlesungen über indische Literaturgeschichte* (Berlin, 1852) et la trad. française de Sadous (Paris, 1859) ; Lassen, *Indische Alterthumskunde* (Bonn et Leipsick, 1847-1861, 4 vol. in-8) ; — pour la Suisse, Ad. Pictet, *Origines indo-européennes* (Paris et Genève, 1859 et 1863, 2 vol. in-8) ; Stenzler, *Zur Literatur der indischen Gezetsbücher*, dans les *Indische Studien* de Weber, t. I, p. 232-246 (Berlin, 1850).

(*h*) Le *Rig-Véda* ou *Livre des hymnes*, traduit en français par M. Langlois, de l'Institut (Paris, 1848-1851, 4 vol. in-8). Il y a une traduction anglaise de H. Wilson : *Rig-Véda-Sanhitâ, a collection of ancient hindu hymns* (Londres, 1850, 4 vol. in-8) ; M. Max Muller, d'Oxford, a commencé aussi une traduction anglaise des Védas. Un indiâniste allemand, Fr. Rosen, avait entrepris une traduction latine du *Rig-Véda*, mais la mort l'a enlevé au moment où il publiait le premier livre, sous ce titre : *Rig-Véda-Sanhitâ, liber primus, sanskrite-latine* (Londres, 1838, in-4). Le premier livre a été donné aussi en allemand, par Benfey, de Gœttingue.

(*i*) *Lois de Manou* (*Mânava-Dharma-Çâstra*) traduites en français par Loiseleur Deslongchamps (Paris, 1833, in-8). La traduction de L. Deslongchamps se trouve aussi dans le volume précité du *Panthéon littéraire : Les Livres sacrés de l'Orient*. Nous avons déjà mentionné, note *b*, la traduction anglaise de William Jones. Il n'y a pas encore de traduction allemande faite sur le sanskrit ; il en

3. La loi de Manou, comme celle de Moïse, présente tout à la fois des préceptes moraux et religieux mêlés à des règles de droit civil et criminel. Autant les modernes législateurs s'attachent à séparer les préceptes qui sont du domaine de la conscience de ceux qui appartiennent au droit positif, autant ces deux grands législateurs de l'antiquité se plaisent à les réunir et presque à les confondre (*j*).

La raison en est que l'un et l'autre prétendent à l'omniscience et à une puissance surnaturelle : Moïse se dit inspiré de Dieu et parle en son nom, Manou se donne comme le créateur du genre humain : il est issu de Virâdj, celui que le souverain Maître « qui existe par lui-même » a engendré de sa propre substance (1) ; dès lors, il est le législateur universel, aussi son code contient-il, « avec la loi et les coutumes immémoriales des quatre classes, le bien et le mal de toutes les actions » (2).

Tout autre a été la loi du Christ : elle est restée dans les sphères élevées de la morale individuelle, de la fraternité entre les hommes et de leurs devoirs envers Dieu ; elle n'a pas réglé leurs intérêts passagers, leurs rapports civils et politiques ; le Christ n'a voulu être que le législateur

a été donné une sur l'anglais de W. Jones, par J. Chr. Huttner (Weimar, 1797, in-8).

Le Code de Manou aurait eu, dans le principe, 100,000 *slocas* ou distiques ; abrégé ensuite à 12,000, puis à 4,000, il n'en contient plus aujourd'hui que 2,684 distribués en 12 livres. C'est cette dernière rédaction que l'on rapproche maintenant jusqu'au IIe siècle de notre ère.

(*j*) En voici un exemple remarquable : « *Rendre le bien pour le mal* est l'une des dix vertus dans lesquelles consiste le devoir » (liv. VI, sl. 92).

(1) Manou, liv. I, sl. 32-34.

(2) *Ibid.*, I, 107.

des âmes, quand il a dit: « Mon royaume n'est pas de ce monde, *regnum meum non est de hoc mundo* » (3).

L'antique loi de Manou est restée la base de toute la législation civile de l'Inde moderne: elle s'est conservée à travers les siècles, malgré les conquêtes étrangères qui ont bouleversé tant de fois cette contrée merveilleuse, et, tandis que la langue mère, dans le pays, n'est plus guère comprise que des pandits et des interprètes des Védas (ce qui la fait appeler la *langue sacrée*), tandis que le sanskrit a fait place à l'hindoustani, au bengali, au tamil, au télinga, au mahratte et à une foule d'autres idiomes, la loi primitive, au contraire, a résisté aussi bien au despotisme musulman et au joug de la compagnie anglaise qu'à l'influence de la civilisation européenne. C'est que la loi hindoue est indivisiblement unie aux croyances religieuses de la nation et que la religion est le droit suprême auquel un peuple s'attache le plus fidèlement quand ses autres libertés lui sont ravies.

Manou, d'ailleurs, a eu des successeurs presque aussi vénérés que lui: Yâjnavalkya, Vishnou, Kâtyâyana, Brihaspati, Parâçara, Vyâsa, Gautama, Vaçishtha, ont complété la loi primitive (*k*).

A côté d'eux, une foule de savants interprètes, dont nous ne citerons que Kullûka Bhatta pour la loi de Manou, et Vijnâneçvara pour le livre de Yâjnavalkya, en ont fixé le sens et développé l'esprit, s'efforçant de plier la loi aux coutumes, quand ils n'ont pu plier les coutumes à la loi.

(3) Evang. sec. Joannem, XVIII, 36.

(*k*) Après Manou, c'est Yâjnavalkya qui paraît avoir le plus d'autorité. Il n'a pas encore été traduit en français; mais il en existe une traduction allemande très-estimée, par Fr. Stenzler: *Yâjnavalkya Gesetzbuch, sanskrit und deutsch* (Berlin et Londres, 1849, in-8); c'est elle que nous citerons.

4. La civilisation hindoue a mérité cependant qu'on lui reprochât son immobilité; car, après avoir été, directement ou par transmission, le type sur lequel se sont formées toutes les nations indo-européennes, elle a été infiniment dépassée par celles qu'elle a de si loin et si longtemps éclairées.

Deux causes principales, dans les lois et la religion, ont nécessairement comprimé l'essor de la civilisation hindoue et amené la décadence d'abord, puis l'asservissement d'une des plus intéressantes nations du monde ancien: la première est la division des personnes en castes ou classes; la seconde est l'étrange idée que se fait la nation de la vie future et surtout du moyen d'y parvenir et d'y demeurer.

L'étude de ces deux causes rentre essentiellement dans notre sujet, car elles ont exercé une influence considérable sur le droit des enfants.

5. La division des personnes en castes est exclusive de tout développement individuel, et par suite du progrès général de la nation.

Toutes les sociétés anciennes, cependant, présentent des prêtres pour l'exercice du culte et l'enseignement de la loi religieuse, des soldats pour la défense du pays, des agriculteurs et des commerçants pour assurer la subsistance de la nation, enfin des ouvriers et des serviteurs pour l'utilité et le bien-être du plus grand nombre; il n'est donc pas surprenant de trouver dans l'Inde, à toutes les époques de son histoire, des *brâhmanes* ou prêtres, des *kchâtryas* ou guerriers, des *vaiçyas* ou laboureurs et marchands, enfin des *çoûdras* ou serviteurs et ouvriers, et Manou ne prête qu'à sourire quand il dit que le souverain Maître les a successivement engendrés de sa bouche,

de son bras, de sa cuisse, de son pied (4), voulant indiquer, par là, le degré de noblesse ou d'infériorité relative de chacune des castes. Mais ce qui est fatal à la nation hindoue, c'est que chacun ne puisse sortir que par abaissement de la caste où l'a placé sa naissance, c'est que nul ne puisse s'élever jamais à une classe supérieure; or, pour le progrès individuel ou collectif de l'homme, la crainte d'une peine sera toujours moins efficace que l'espoir d'une récompense.

Les trois premières castes ont chacune leurs priviléges, tandis que celle des *çoûdras* est vouée à toutes les misères; et encore, au-dessous de cette dernière, on compte les *dasyous* ou *parias*, ceux qui, par l'effet d'une peine, ont été rejetés de leur caste (5).

A ces derniers, et même aux *çoûdras*, on ne reconnaît pas de droits, ils n'ont que des devoirs. Mais qu'on ne croie pas qu'ils soient les ennemis irréconciliables des trois castes privilégiées: le çoûdra ne ressent pas l'injustice de son abaissement fatal et le paria accepte, sans murmurer, l'irrémissible rigueur de sa peine; il n'y a pas de lutte, parce qu'il n'y a pas de haine, et pourtant la lutte serait au moins le mouvement et la vie: l'humanité pourrait y recouvrer ses droits.

Quand l'enfant reçoit un nom, ce qui n'a lieu, comme en Grèce et à Rome, que vers le dixième jour après sa naissance, ce nom se compose de deux mots qui doivent exprimer le caractère de sa caste : pour le brâhmane, ils signifient *faveur et félicité*; pour le guerrier, *puissance et protection*; pour le laboureur, *richesse et libéralité*; pour le çoûdra, *abjection et dépendance* (6). Les trois premières

(4) Manou, liv. I, sl. 31.
(5) Manou, X, 45.
(6) Manou, II, 31-32.

classes sont dites *régénérées* (*dwidjas*), parce que dans chacune, l'enfant, avant sa puberté, reçoit l'*initiation* qui est l'investiture des priviléges de sa caste (7); la quatrième classe « n'a qu'une naissance, » c'est-à-dire, n'est pas régénérée, et « il n'y a pas de cinquième classe [primitive], » c'est-à-dire qu'on ne naît pas dasyou ou paria; on le devient, par l'effet d'une faute et de la peine encourue (*l*).

Ces distinctions entre les personnes ne sont pas les seules admises par la loi hindoue, d'autres se sont introduites par l'effet des unions défendues entre les diverses castes et par la dégénérescence des enfants qui en sont issus; il est à remarquer, à cet égard, que la condition des enfants est d'autant plus mauvaise que la distance est plus grande de bas en haut entre les parents; ainsi l'enfant d'un brâhmane ou d'un kchâtrya marié avec une femme de condition *inférieure* (ou dans l'*ordre direct*) est mieux traité que l'enfant d'un kchâtrya ou d'un vaiçya marié avec une femme de condition *supérieure* (ou dans l'*ordre inverse*); de même l'enfant d'un çoûdra uni à une femme de la classe agricole est d'une moins bonne condition que s'il était engendré avec une femme çoûdra; il est encore de pire condition si sa mère est de la classe militaire, et s'il est né d'un çoûdra et d'une brâhmani, c'est un *tchandâla*, « le dernier des mortels, il est méprisé, même des

(7) Manou, II, 36-39.

(*l*) Manou, X, 4. — En Égypte aussi, les castes ont eu une grande importance sociale; mais M. J.-J. Ampère a établi par les monuments hiéroglyphiques que ces castes n'étaient pas soumises aux règles étroites et rigoureuses qui les régissaient dans l'Inde, et ce n'est pas là, selon le savant académicien, une des moindres causes de la supériorité de l'Égypte sur l'Inde (V. *Mém. Acad. des Inscript.*, séance publique du 1er sept. 1848; Cfr. Franck, *Études orientales*, p. 82 (Paris. 1861, in-8).

hommes méprisables » (8). Ces nouvelles distinctions créent de nouvelles prohibitions de mariages dont la violation produit encore d'autres subdivisions et classifications, à l'infini : l'individu né de ces unions dites *impures* engendre des enfants plus méprisables que lui (9); à chacun est assigné une profession plus abjecte (10), et les classes sont ainsi devenues inextricables dans l'Inde moderne (11).

Notre droit féodal aussi présente les personnes divisées en cinq classes principales qui rappellent singulièrement les cinq castes hindoues: nous y trouvons un clergé, une noblesse, des bourgeois, des vilains et des serfs; mais il n'y eut pas entre ces classes de telles distances que le mariage ne les pût aisément rapprocher, ni une séparation si profonde que le génie, le talent ou le travail ne permissent de la franchir. Chez nous, les aspirations légitimes des classes inférieures à de meilleures destinées ont provoqué toujours parmi elles une émulation féconde, elles ont entretenu un mouvement ascensionnel continu qui a rendu possible l'immortelle Révolution de 89. L'Inde attend encore sa révolution sociale, mais déjà certains signes précurseurs permettent d'en prédire l'avénement.

6. La seconde cause d'amoindrissement et de décadence de la nation hindoue a été son culte superstitieux des ancêtres. Ceux qui meurent sans enfants mâles, pour faire le sacrifice funèbre en leur honneur (*çrâddha*), sont exclus du séjour céleste; s'il y a un fils qui meure lui-même, sans postérité masculine, les ancêtres sont précipités dans

(8) Manou, x, 8-12, 39, 51-56, 66-67.
(9) *Ib.*, x, 29-31.
(10) *Ib.*, 32-40
(11) *Enumeration of indian classes*, au t. II, p. 177-190, des *Essays* de Colebrooke; V. aussi Gibelin, *op. cit.*, t. I, p. xxxii; Cfr. Muir, t. I, *op. cit.*, *sanskrit texts*, etc.

les enfers (*pout*); aussi le fils est-il appelé par Manou, *pouttra*, sauveur de l'enfer (12). Toutefois, trois générations masculines suffisent pour assurer le bonheur éternel : « Par un fils, l'homme gagne l'empire des mondes; par le fils d'un fils, il obtient l'immortalité ; par le fils de ce petit-fils, il s'élève au séjour du Soleil» (13). Il n'est dû de libations et de sacrifices qu'au père, à l'aïeul et au bisaïeul : les ancêtres plus éloignés sont à jamais sauvés, quand ils ont eu trois degrés de descendants observateurs de leurs pieux devoirs (14).

On comprend dès lors la double importance qu'il y a pour chacun à avoir un fils : celui qui engendre un fils acquitte sa dette envers ses ancêtres et acquiert l'immortalité pour lui-même; aussi les Sages considèrent-ils le premier fils « comme engendré pour l'accomplissement du devoir et les autres comme nés de l'amour » (15) ; de là encore, « il n'y a pour l'homme qu'une condition parfaite, celle où se trouvent réunis l'époux, l'épouse et le fils » (16); enfin les devoirs de l'homme *régénéré* sont réduits à trois : envers les Dieux (faire les sacrifices), envers les Saints (lire les Védas), envers les Mânes (engendrer un fils) (17) ; après quoi il peut quitter la société des hommes et se préparer, par la vie ascétique, à la béatitude finale (18).

Mais comment ce culte fanatique des morts a-t-il donc eu une action si dissolvante sur la nation hindoue? On

(12) Manou, IX, 138.
(13) *Ib.*, 137 ; Cfr. Yâjnavalkya, I, 78 ; Colebrooke, *Digest*, t. II, § 11; t. III, § 104.
(14) Manou, IX, 186.
(15) *Ib.* 107.
(16) *Ib.* 45.
(17) Manou, IV, 257 ; VI, 35-36.
(18) Manou, VI, 38-65.

comprendrait, au contraire, qu'il y eût là un élément de vitalité et de force : « les enfants devant la naissance à leur père et celui-ci leur devant à son tour l'immortalité » (19). Le mal est venu d'un renversement de l'ordre des sentiments naturels : au lieu que la famille paraisse créée pour les enfants, ce sont les enfants qui sont créés pour la famille (20); le législateur de l'Inde n'a pas porté sa sollicitude sur la postérité, mais sur les ancêtres; il n'a pas eu les yeux fixés sur l'avenir et vers la vie, mais sur le passé et vers la mort. C'est ainsi que la nation hindoue s'est atrophiée et immobilisée.

7. Nous devons maintenant rechercher les principales dispositions des lois de Manou et des législateurs qui l'ont suivi, comme Yâjnavalkya, sur le droit des enfants aux biens paternels.

A la fin du livre premier (sl. 106 à 119), le Code de Manou expose les divers objets qu'il a pour but de régler; plus loin est donnée l'énumération des matières litigieuses et « des affaires des parties contestantes » (21); parmi elles, nous relèverons surtout ce qui concerne la *Puissance paternelle*, le *Partage des successions*, les *Donations* permises au père et les *Adoptions* (*m*).

(19) V. Gibelin, *op. cit.*, t. I. p. XXVII.

(20) V. Gibelin, t. II, p. 204.

(21) Manou, VIII, 2-8.

(*m*) Les sources où nous puiserons sont surtout : le Livre de la Loi de Manou (*Mânava-dharma-çastra*), traduit par Loiseleur Deslongchamps, le Livre de Loi de Yâjnavalkya (*Yâjnavalkya-dharma-çastra*) traduit en allemand par Stenzler, et parmi les autres ouvrages précités, notes *d*, *e*, *f*, *g* : 1° le traité des Successions de Vijnâneçvara, tiré de sa *Mitâkshará*, commentaire sur le livre de Yâjnavalkya, traduit en anglais par Colebrooke et en français par Orianne; 2° le *Dâya-Bhâga* de Jîmûta Vâhana, traduit par Colebrooke; 3° le Traité de l'Adoption (*Dattaka Tchandrika*) de Devândha Bhatta, traduit en français par Orianne; 4° le *Digest*

Et d'abord, disons quelques mots de la puissance paternelle dont nous devons toujours nous préoccuper en première ligne, au sujet du droit des enfants.

§ 2. DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

8. Dans l'Inde, la douceur des mœurs ne permettrait pas de concevoir le droit de vie et de mort du père sur ses enfants : le meurtre d'un fils est un crime égal au sacrilége d'un brâhmane qui laisse s'éteindre un feu consacré (1); négliger un fils est un crime secondaire (2), mais c'est encore un crime. C'est que Manou défend de tuer

of hindu law, traduit du sanskrit de Jagannâtha Terkapanchânana par Colebrooke; 5° le *Vivâda Tchintamâni*, commentaire succinct du droit hindou, traduit en anglais, du sanskrit de Vatchaspati Miçra, par Prossono Coomar Tagore ; 6° les *Hindu laws*, de T. Strange ; 7° les *Principles of hindu and mohammadan law* de Macnaghten ; enfin 8° le nouveau *Digest of hindu law cases* (book II, *Partition*), lequel n'est qu'un recueil de questions posées aux Shastris avec leurs réponses. Le 2e volume de Strange ne contient de même que des *cases*, des *questions and answers*.

Nous négligerons le *Code of Gentoo laws*, traduction anglaise d'une version persane, de Sir Halhed (Londres, 1776, in-4), traduit à son tour en français par Robinet, sous le titre de *Code des lois des Gentoux* (Paris, 1778, in-4) ; cet ouvrage n'a plus d'intérêt depuis que l'on connait en France le Code de Manou lui-même dont il donnait la substance sous la forme d'un règlement moderne fait par les brâhmanes et les pandits ; nous nous bornons à renvoyer aux chapitres IIe, sur la *Division des héritages*, VIIe sur les *Donations*, et XXIe, § 9, sur l'*Adoption*. Enfin, de l'*Abrégé du droit hindou*, traduit par Sicé, nous ne mentionnons ici que les chapitres IVe et XIIIe de la 2e partie, traitant des *Partages*, des *Donations* et des *Adoptions*. Dans les *Etudes* déjà citées de M. Gibelin, la matière des *Successions* annoncée plusieurs fois (t. II, p. 14, 51, 88 et 215) n'a pas été traitée ; au contraire, l'*Adoption* et les *Donations* y sont amplement exposées (t, I, p. 77-96 ; t. II, p. 5-95).

(1) Manou, XI, 41.

(2) *Ib.*, 59 et 63.

tout ce qui est animé, les plus petits animaux comme les plus majestueux, les plus inutiles comme ceux qui sont indispensables à l'homme; les animaux nuisibles eux-mêmes et jusqu'aux végétaux, tout ce qui a vie, doit être entouré d'un respect religieux, et jouit, à des degrés divers, de la protection de Manou: l'homme doit même expier chaque jour la destruction nécessaire des animaux ou des végétaux qui forment sa subsistance et jusqu'à la mort involontaire du moindre insecte qu'il foule sous ses pas (3). Tel est l'effet du fanatisme qui voit Dieu dans tous les êtres de la création. Avec ce panthéisme despotique qui forme la base de la religion hindoue, il n'y a plus de liberté pour l'homme dont toutes les actions n'ont d'autre principe qu'une aveugle fatalité. Cette absorption de la personnalité et de la liberté humaines en l'honneur de la divinité est peut-être pour la nation hindoue, une cause encore plus énergique d'abaissement que la division en castes et le culte superstitieux des ancêtres (4).

En présence de ce respect absolu de tout ce qui a vie, en considération surtout de la destination sacrée des enfants qui appartiennent autant aux mânes de leurs ancêtres qu'à leur père lui-même, la puissance paternelle ne peut être une tyrannie, elle n'est qu'une protection; toutefois, elle a quelque chose du joug, en ce qu'elle se prolonge au delà de ce qui est nécessaire à l'enfant: elle dure toute la vie du père, s'il n'y a pas partage entre lui et l'enfant, ce qui vaudrait émancipation pour ce dernier; jusque-là les acquisitions de l'enfant profitent au père, sauf ce qui sera dit plus loin du partage de ces mêmes

(3) Manou, XI, 131-145.

(4) V. Franck, *op. cit.*, pp. 6 et 14-15; Cfr. Gide, *Condition privée de la femme*, mémoire couronné par l'Institut, p. 50-58 (Paris, 1867, in-8).

biens (5). Le père peut même vendre ses enfants, mais seulement avec leur consentement et pour les soustraire à la détresse où il se trouve, et encore ce droit, reconnu au père par Brihaspati et par Câtyâyana (6), lui est-il formellement refusé par Yâjnavalkya (7); Vaçishtha se contente de *justes raisons*; mais il exige le consentement de la mère pour que le père puisse aliéner le fils (8).

Avant d'examiner si, et dans quelle mesure, les père et mère peuvent priver leurs enfants de leur succession, il convient de dire quelques mots du droit héréditaire normal des enfants; on appréciera mieux ensuite les dispositions particulières des parents (*a*).

§ 3. DU DROIT HÉRÉDITAIRE NORMAL DES ENFANTS.

9. Il faut distinguer la succession du père et celle de la mère.

A. Quand meurt le père, les frères sont libres de rester en communauté et dans l'indivision, ou de partager la succession. Dans le premier cas, l'aîné est chargé seul des devoirs religieux envers les ancêtres, « parce qu'il a été engendré pour l'accomplissement du devoir ». Seul, l'aîné a le droit d'invoquer Indra dans les prières funèbres appelées *svabrdhmanyâs* (1), aussi peut-il *prendre*

(5) V. *Digest*, t. II, p. 115 et 190 ; Strange, t. I, p. 63-64.

(6) *Digest*, t. II, p. 98 et p. 105-106.

(7) *Digest*, t. II, p. 128 ; Cfr. Strange, p. 65 et s. ; Boscheron-Desportes, *op. cit.*, p. 320.

(8) *Dig.*, II, p. 108.

(*a*) Nous n'entrerons pas avec Colebrooke (*Dig.*, t. III, §§ 139 à 177) dans les distinctions et les détails sans fin relatifs aux enfants de classes *mêlées*; ce que nous dirons ne s'appliquera qu'aux trois classes *régénérées*, et encore devrons-nous négliger entre elles des différences qui surchargeraient trop ce travail.

(1) Manou, IX, 126.

possession de tout le patrimoine, tandis que les autres enfants doivent vivre sous sa tutelle, comme ils vivaient sous celle de leur père (*a*). De son côté, « l'aîné, lorsque le bien n'est pas partagé, doit avoir pour ses jeunes frères l'affection d'un père, et ceux-ci doivent, suivant la loi, se comporter envers lui comme à l'égard d'un père » (2). L'aîné qui prend ainsi tout le bien paternel doit établir ses frères et sœurs (3).

Si les frères veulent partager le patrimoine et se séparer de l'aîné, ils en ont la faculté, et, comme désormais ils accompliront séparément les devoirs pieux et les sacrifices (4), leurs droits héréditaires sont dès lors égaux (5), sauf quelques prélèvements et priviléges accordés à l'aîné et consistant principalement en un vingtième de la succession avec le meilleur des meubles, ou bien en une part double de celle des autres (6); dans tous les cas, la maison paternelle appartient à l'aîné, suivant Kâtyâyana (7); Brihaspati, au contraire, et Vatchaspati, dans le *Vivâda*, n'accordent une part avantageuse à l'aîné que s'il est distingué par la science ou par

(*a*) Manou, IX, 105-106. — Ce passage n'est pas entendu de la même façon par Deslongchamps et par les traducteurs anglais : tandis que le premier paraît donner la *propriété* des biens à l'aîné, W. Jones (*d. sl.*), Colebrooke (*Dig.*, t. II, p. 528-529), Strange (t. I, p. 199) et Tagore (*Vivâda*, p. 226) ne lui donnent que *le droit d'administrer* (*to manege.*) Le savant M. Ad. Regnier a eu l'obligeance de nous apprendre que le mot sanskrit est vague : *grihnîyât*, « qu'il prenne »; Kullûka Bhatta répète le mot dans son commentaire et ne l'explique pas.

(2) Manou, IX, 109 ; — Cfr. Gibelin, t. I, p. 316-317.

(3) Manou, IX, 214; — Cfr. Strange, p. 170 et 173.

(4) *Ib.*, IX, 111 ; — Cfr. *Dig.*, t. II, p. 534.

(5) Manou, IX, 104, 116, 156 ; — *Dig.*, t. III, § 118-119.

(6) Manou, IX, 112 à 117.

(7) *Dig.*, t. II, p. 133.

la vertu (8). Yâjnavalkya veut que les parts soient égales (8 *bis*). Les prérogatives de l'aîné sont aussi diversement réglées par les nombreux législateurs cités dans le *Digest* de Colebrooke (*b*).

S'il naît un posthume après le partage, il lui sera formé un lot égal pris sur les parts des autres (9).

Si des frères, après s'être séparés, viennent à se réunir et font ensuite un nouveau partage des biens rapportés et de ceux acquis en commun, il n'y a plus lieu aux prélèvements de l'aîné (10); il en est de même des biens découverts ou recouvrés après le partage (11); enfin, il n'y a pas de droit d'aînesse parmi les çoûdras : tous les enfants de cette classe partagent également (12).

Les filles, ne pouvant faire les sacrifices funèbres, sont exclues par les fils, sauf à ceux-ci le devoir de les doter avec le quart d'une part héréditaire (13); celui qui refuse de contribuer à l'établissement des sœurs non mariées est dégradé (14).

La liaison du droit de succession avec le devoir des sacrifices paraît faire limiter la vocation héréditaire au troisième degré des enfants mâles, puisque après la naissance d'un arrière-petit-fils, les ancêtres sont à jamais sauvés

(8) *Dig.*, t. III, § 116; *Vivâda Tchintamâni*, p. 224.
(8 *bis*) Yâjnavalkya, II, 116.
(9) Yâjnavalkya, II, 122; *Mitâksharâ*, ch. I. sect. VI, §§ 1 et 8.
(10) Manou, IX, 204-205, 210.
(11) *Mitâksharâ*, I, IX, 1.
(12) Manou, IX, 157.
(13) Manou, IX, 118; Yâjnavalkya, II, 124; — Cfr. *Mitâksharâ*, I, VII, 5; *Vivâda*, p. 240; *Dig.*, III, §§ 85-86, 121 et 126.
(14) *Dig.*, *ib.*, § 120.
(*b*) *Dig.*, t. II, pp. 548 à 587, §§ 34 à 73. — Le *Dâya-Bâhga*, ch. III, s'étend longuement aussi sur le partage entre les frères. — Cfr. Strange, pp. 120 et s., 127 et s., 203 et s.

des peines de la vie future (15), et, bien qu'on comprenne difficilement que des collatéraux, dans ce cas, soient préférés aux descendants du quatrième degré, s'il s'en trouvait, cependant c'est encore l'avis qui paraît prévaloir au milieu des divergences des auteurs anciens et modernes (15 *bis*).

La veuve, mieux traitée que les filles, succède concurremment avec ses fils, pour une part, si elle n'a rien reçu de son beau-père ou de son mari, et pour une demi-part dans le cas contraire (16) ; à défaut de fils, elle aurait tous les biens, excluant ainsi les filles (17), sans doute parce que, suivant Manou, «le mari ne fait qu'une même personne avec l'épouse, » de même que « le fils d'un homme est comme lui-même » (18). Ce droit de la veuve n'est cependant pas universellement reconnu : Vijnâneçvara cite des textes contraires et les prétend concilier (19). Tous les auteurs ne sont pas d'accord non plus pour réserver les sacrifices aux héritiers mâles ; il y en a qui y admettent l'épouse et les filles, et généralement la plus âgée des héritières (20).

A défaut de fils et de veuve, les filles succèdent à leur père, non également, mais dans l'ordre suivant : d'abord, les filles non mariées, ensuite les filles mariées, enfin les filles veuves (21) ; et quand une fille ainsi héritière a plus tard un fils, elle doit, dès que ce fils peut faire les sacri-

(15) *Dig.*, *ib.*, § 3.

(15 *bis*) V. Macnaghten, p. 19 ; West et Bühler, p. II-IV.

(16) Yâjnavalkya, II, 123 ; *Mitâkshará*, I, VII, 1-2 ; *Vivâda*, p. 230-231 ; *Dig.*, *ib.*, § 83 ; West et Bühler, p. 30-31.

(17) *Mitâkshará*, II, I, 5-6 ; Macnagten, p. 19-21.

(18) Manou, IX, 45 et 130.

(19) *Mitâksh.*, II, I, 7-9.

(20) *Mitâksh.*, *ibid.*, et *Dâya-Bâhga*, ch. XI, section I, § 7.

(21) *Mitâksh.*, II, II ; Macnaghten, p. 22-26.

fices aux ancêtres, lui restituer l'héritage de son aïeul maternel (22).

10. B. La succession maternelle est distribuée autrement que celle des pères : les filles et les petits-enfants nés d'elles y ont la préférence sur les fils et sur leurs descendants ; seulement, ce sont les fils qui appréhendent les biens et payent les dettes : ils liquident la succession, pour ainsi dire, mais ils remettent le reliquat aux filles, et, parmi celles-ci, la préférence appartient encore aux filles non mariées sur les autres (23). A défaut de filles, les biens de la mère sont acquis aux enfants mâles (*c*). En l'absence de toute postérité, les biens d'une femme sont acquis au mari, sauf ceux qui lui ont été donnés en mariage, lesquels retournent aux père et mère donateurs (24).

La même singularité se retrouve dans la succession des filles non mariées : la mère est préférée au père, et les sœurs paraissent avoir aussi la priorité sur les frères (24 *bis*).

Le motif qui, pour la succession maternelle, fait donner la préférence à la descendance féminine, est une con-

(22) Manou, IX, 132, 136.

(23) Yâjnavalkya, II, 117 ; *Dig.*, §§ 461 et 491-494 ; *Mitâksh.*, I, III, 8-12.

(24) Manou, IX, 196-197.

(24 *bis*) *Vivâda*, p. 268-270.

(*c*) Yâjnavalkya, II, 117. — On pourrait croire que Manou (IX, 192) admet *concurremment* les fils et les filles, parce qu'il les appelle à succéder *également ;* mais il faut entendre ce mot dans le sens d'une vocation par portions égales et sans droit d'aînesse, dans l'ordre, d'ailleurs, où chaque classe d'héritiers est appelée à succéder : les filles d'abord, les fils ensuite. (V. les annotations de Colebrooke sur la *Mitâkshará*, II, XI, 19-21 ; V. aussi le *Dâya-Bhâga*, IV, II, 1 et s.; le *Digest*, §§ 485-490; Strange, pp. 26 et s., 49 et s.; 246 et s.; Macnaghten, ch. III, *of Stridhan or woman's separate property ;* West et Bühler, appendix, p. 79 et s., 84, 89-91.)

sidération physiologique fort contestable : à savoir, que les enfants mâles tiendraient davantage de la nature du père et les filles de celle de la mère (25). Nous croirions plutôt que le législateur hindou avait encore considéré ici que les femmes n'ont pas droit aux sacrifices funéraires, lesquels sont réservés aux hommes, et ne sont régulièrement accomplis que par eux : « En effet, il suffit « aux femmes, pour être honorées dans le ciel et avoir le « même séjour de félicité que leur mari, de l'avoir tou- « jours chéri et respecté » (26).

11. La destination toute religieuse des héritiers se fait encore sentir dans les règles sur la capacité de succéder : les infirmités ou accidents qui empêchent d'engendrer et les vices qui rendent indigne d'offrir les sacrifices, sont des causes absolues d'exclusion du droit héréditaire (*d*).

L'exclusion des fils méprisables est tellement fondée sur l'inutilité de leurs sacrifices, que les Sages proclament que « le père qui ne laisse en mourant que de tels fils, res- « semble à un homme qui essayerait de passer une eau « profonde dans un bateau formé de roseaux entre- « lacés » (27). Il y a là, pour les pères, une raison puissante de ne pas négliger l'éducation et les mœurs de leurs fils. Pour toute autre nation imbue des mêmes superstitions, c'eût été une occasion de tyrannie domestique, un

(25) *Mitâkshará*, I, III, 10.
(26) Manou, V, 155-156.
(27) *Dig.*, § 314.
(*d*) Manou, IX, 201-202; Yâjnavalkya, II, 140; *Mitâkshará*, II, 10; *Digest*, §§ 315-344; *Dâya-Bhâga*, V, 10; *Vivâda*, p. 242-244; Strange, chap. VIII, p. 152 et s., p. 157 et s. L'indignité ou l'incapacité des héritiers les plus proches ne dépouille pas tout à fait leurs enfants : ceux-ci sont admis par Yâjnavalkya (II, 141) à prendre une part ou des moyens de subsister. Il y a là une disposition juste et sage que nos lois modernes devraient bien imiter, afin que la faute des pères ne retombe pas sur leurs enfants.

prétexte à des châtiments terribles; mais la douceur native des Hindous ne leur permet qu'une surveillance protectrice, et si le fils vicieux est privé de ses droits héréditaires, c'est encore sous la réserve de secours que lui doivent les héritiers.

12. La négligence des héritiers à demander la part qui leur revient, ne profite pas aux autres parents, même après la plus longue durée de possession paisible : il n'y a qu'un étranger auquel il soit permis d'écarter un héritier par la prescription; ici, le délai doit être égal à l'âge de trois générations, c'est-à-dire de trois fois vingt ans (28).

Nous arrivons au droit de réserve des enfants sur les biens de leurs ancêtres et à la limite du droit de disposer gratuitement, tant chez le père que chez la mère.

§ 4. LIMITES DES DISPOSITIONS GRATUITES.

13. A. Le père ne peut que dans une très-faible mesure changer la dévolution légale de ses biens.

D'abord l'Inde ancienne n'a pas pratiqué, ni même connu le testament au moyen duquel les enfants auraient pu être facilement dépouillés, soit en faveur d'étrangers, soit en faveur de leurs propres frères; c'est à peine si, dans l'Inde moderne, le testament est admis par tous les auteurs : il y est plutôt fondé sur un usage toléré que sur la loi proprement dite (*a*). Mais il reste au père deux modes de disposition gratuite : le partage entre vifs et la

(28) *Dig.*, 395-396.

(*a*) M. Gibelin (t. II, p. 24-25) expose les opinions diverses émises à ce sujet pour le droit hindou actuel, par les magistrats anglais et français. — Cfr. Boscheron-Desportes, *op. cit.*, p. 316; Strange, *Hindu law*, p. 254 et s.; Macnaghten, p. 3-4.

donation; il lui serait donc facile de dépouiller ses enfants de ses biens, en tout ou en grande partie, si la loi n'y mettait obstacle.

14. Le premier principe qui entrave la liberté du père dans l'intérêt de ses enfants, principe que l'on retrouve dans la plupart des autres législations, par l'effet de leur parenté directe avec la loi hindoue, c'est la copropriété des enfants avec leur père : « Dans l'Inde, dit M. Gibelin, la « communauté est la base du droit de famille quant aux « biens » (1). Mais cette communauté n'existe que pour les biens patrimoniaux ou venus des ancêtres, et non pour ceux qui proviennent du travail du père, pour ses acquêts (2). Du reste, le fondement de cette copropriété des enfants avec le père n'est pas dans leur seul intérêt, si légitime qu'il paraisse; il n'est pas non plus dans le devoir qu'impose au père le fait de la génération : il est encore dans la nécessité d'assurer aux enfants les moyens de faire les sacrifices aux mânes des ancêtres. C'est ainsi que, chez cette nation superstitieuse, un sentiment exagéré de piété envers les morts a valu aux enfants le même secours que, chez les autres nations, le sentiment juste et vrai des obligations qu'entraîne la paternité.

La conséquence la plus importante du principe de la copropriété entre le père et les enfants, c'est que les aliénations gratuites ou onéreuses des biens patrimoniaux ne sont permises au père qu'avec le consentement des enfants : « Sur la terre acquise par le grand-père, dit « Yâjnavalkya, le père et le fils ont une égale propriété » (3);

(1) *Op. cit.*, t. II, p. 13; — Cfr. Strange, p. 17 et s.

(2) *Mitâkshará*, I, 1, 27, et I, v, 9; *Vivâda*, p. 309-310; — Cfr. Gibelin, t. II, p. 14.

(3) *Dig.*, § 93.

Brihaspati s'exprime de même (4). Le père a, au contraire, toute liberté pour disposer du produit de son travail, sauf quelques restrictions dont il sera parlé plus loin (*b*).

Un autre et plus curieux effet de cette copropriété, c'est que les enfants peuvent, dans certains cas, contraindre leur père au partage entre vifs des biens patrimoniaux, notamment quand le père, devenu indifférent aux biens et aux plaisirs du monde, veut embrasser la vie ascétique; c'est aussi quand sa femme et lui-même paraissent avoir passé l'âge d'avoir d'autres enfants ; c'est enfin quand le père est adonné au vice ou affligé d'une maladie incurable du corps ou de l'esprit (5). Manou fait lui-même une allusion à ce partage forcé des biens patrimoniaux, quand il dit que le père ne peut être contraint de partager *contre son gré* un bien patrimonial qu'il a recouvré par ses efforts, attendu que c'est alors par lui-même que ce bien a été acquis (6). Il en résulte donc : 1° que le partage peut, en d'autres cas, avoir lieu contre la volonté du père ; 2° que ce partage forcé ne concerne pas les acquêts (6 *bis*). Un autre passage de Manou porte que les

(4) *Dig.*, t. II, p. 1-59 ; — Cfr. Gibelin, t. II, p. 58.

(5) *Mitâkshará*, I, II, 7 ; *Dig.*, §§ 5-6, 20, 22, 98 ; Macnaghten, p. 45-46 ; West et Bühler, p. 1.

(6) Manou, IX, 209 ; — Cfr. *Dig.*, III, § 90-91.

(6 *bis*) West et Bühler, p. 11.

(*b*) *Vivâda*, p. 228-230 ; *Dig.*, § 32. — On cite cependant un texte de Yâjnavalkya (*Dig.*, t. II, p. 113) qui soumet au consentement des fils l'aliénation d'un immeuble acquis par le père ; mais peut-être ce texte doit-il s'appliquer à un immeuble acquis avec les fruits et revenus des biens patrimoniaux (Cfr. Gibelin, t. II, p. 15 et 30) ; peut-être aussi ce consentement n'est-il exigé que pour la sécurité des acquéreurs qui pourraient douter de l'origine du bien. Dans tous les cas, les enfants ne peuvent refuser leur concours à ce genre d'aliénation (V. *Mitâkshará*, I, V, 10).

enfants ne sont pas maîtres des biens de leurs parents pendant la vie de ceux-ci (7); il faut naturellement l'appliquer aux seuls biens acquêts (*c*).

La dernière conséquence de la copropriété, c'est la défense faite au père de distribuer arbitrairement entre ses enfants le patrimoine des ancêtres. Quand il divise ces biens, soit de son plein gré, soit contraint par ses fils, dans les cas où ils ont ce pouvoir, il doit, en principe, donner à chacun une part égale, au moins si les enfants sont nés de femmes de semblable condition (8); dans le cas contraire, des parts inégales sont, non-seulement permises, mais prescrites par Manou (9).

Le père peut aussi faire à l'aîné des avantages semblables à ceux que la loi de succession lui réserve dans le partage après décès; il peut même avantager le plus jeune (10); en sens inverse, il a le pouvoir de réduire à un objet de minime valeur les droits du fils qui peut se suffire et qui d'ailleurs n'exige pas sa part (11). Les enfants du fils prédécédé doivent recevoir sa part, « car un fils est l'ame de son père, » suivant l'expression de Vatchaspati (11 *bis*); c'est le principe de la représentation.

Les filles mariées n'ont pas plus de droit au partage

(7) Manou, IX, 104.

(8) Manou, IX, 156; *Dig.*, §§ 27-28; — Cfr. Gibelin, t. II, p. 48.

(9) Manou, IX, 150-155.

(10) Yâjnavalkya, II, 114; — Cfr. *Mitâkshará*, I, II, 1-6; *Vivâda*, p. 231-234; *Dig.*, § 23.

(11) Yâjnavalkya, II, 116; — Cfr. *Mitâksh.*, *ib.*, 11-12; *Vivâda*, p. 232-237.

(11 *bis*). *Vivâda*, p. 232.

(*c*) Le *Dâya-Bhâga*, ch. I. nos 18 et 38, nie la copropriété des fils avec le père et leur droit au partage forcé, même pour les biens patrimoniaux; mais il reconnaît ce droit dans le cas où le père est disposé à quitter la société des hommes.

entre vifs qu'au partage après décès; mais celles qui ne sont pas établies reçoivent le quart d'une part (12); au contraire, les épouses y sont admises concurremment avec les fils, chacune pour une part (12 *bis*); mais celle qui a déjà reçu des biens séparés, soit de son mari, soit de son beau-père, peut être réduite à une demi-part (13).

Le père peut aussi, dans le partage, se réserver une part, ou, selon quelques législateurs, une double part (14) dont il est maître de disposer librement (15), et si, plus tard, il lui naît un nouvel enfant, il n'y aura pas lieu à revenir sur la distribution faite, parce que ce partage vaut émancipation pour ceux qui y figurent; mais cet enfant, au décès de ses parents, prendra, par privilége, la part de son père et celle de sa mère, si celle-ci n'a pas de fille (16).

15. Le pouvoir pour le père de disposer de ses acquêts n'est pas non plus sans limites: à défaut de biens patrimoniaux, ou en cas d'insuffisance de ces biens, il ne peut aliéner gratuitement les biens acquêts qu'après avoir assuré l'existence de sa famille. Manou se borne à défendre de délaisser les fils, l'épouse, les père et mère (17), et à promettre les récompenses célestes ou à menacer des peines de l'enfer, selon qu'on aura ou non observé le précepte (18); mais Kâtyâyana, Nârada, Brihaspati,

(12) Macnaghten, p. 54.

(12 *bis*) Yâjnavalkya, II, 117; — Cfr. *Mitâksharâ*, I, II, 8.; Macnaghten, p. 50-53.

(13) *Mitâksh.*, *Ib.*, 9.

(14) Manou, IX, 209, 216; *Dig.*, §§ 96-97; *Dâya-Bhâga*, II, 35; *Dâya-Krama*, ch. VI, §§ 16-17; *Vivâda*, 232.; Macnaghten, p. 46.

(15) *Mitâksharâ*, I, VI, 16.

(16) Manou, IX, 216; *Mitâksh.*, I, VI, 1-10; *Vivâda*, p. 275; *Dig.*, §§ 100-102 et 392.; Strange, p. 182; Macnaghten, p. 50; West et Bühler, p. 9.

(17) Manou, VIII, 389.

(18) *Dig.*, t. II, p. 112.

Yâjnavalkya, sont formels pour sanctionner dans ce monde le devoir d'entretenir la famille et pour ne permettre la donation des acquêts qu'après qu'il a été pourvu à ses besoins (19). Une semblable restriction s'applique au partage des mêmes biens: si le père peut distribuer ses acquêts inégalement entre ses enfants, à la différence des biens patrimoniaux, ce n'est que sous la réserve de la subsistance des enfants moins bien apportionnés (20).

Les enfants naturels aussi ont droit d'obtenir sur les biens du père des moyens de subsister (21).

Par cela même que la réserve hindoue sur les acquêts a pour base, non plus les devoirs religieux, mais la subsistance de la famille, elle dépend de la position de fortune, tant des enfants que du père, et il ne peut être question d'une quantité de biens fixée *a priori*, elle est donc laissée à l'appréciation du juge (22).

Le père qui peut refuser le partage de ses acquêts, plus encore que celui des biens patrimoniaux, peut, à plus forte raison, s'en réserver une portion dans le partage volontaire qu'il en fait; il pourra ensuite disposer de cette part à son gré (23).

16. On a dit plus haut, n° 8, que les acquisitions des fils profitent au père, tant que le partage n'a pas eu lieu; le pouvoir du père de partager ses biens s'étend aussi aux acquisitions du fils; seulement, à l'égard de celles-ci, il faut distinguer si elles sont le fruit du seul travail et de

(19) *Dig.*, t. II, p. 112, 131, 133; — Cfr. Gibelin, t. II, p. 15-17; Macnaghten, p. 10.

(20) *Dâya-Bhâga*, II, 15-17; *Dig.*, II, p. 541, § 28; — Cfr. Gibelin, t. II, p. 48; West et Bühler, p. 13, 15 et 18.

(21) Manou, IX, 163.

(22) Gibelin, t. II, p. 18 et 208.

(23) *Dig.*, t. II, p. 538, § 25; *Vivâda*, p. 231-232.

la science du fils, ou si elles ont eu encore pour cause et pour principe, soit les biens fournis par le père, soit même les soins et les frais d'éducation ; dans le premier cas, les acquisitions restent à l'enfant seul qui les a réalisées; dans le second, elles sont partageables de la manière suivante : la moitié au père et le reste par portions égales entre les frères, sauf une double part à celui par lequel ont été faites les acquisitions (24).

17. B. Quant au droit de disposer pour la mère, il est d'abord très-restreint tant que vit son mari : un texte de Manou porte que « du vivant du mari, la femme ne peut disposer de rien » (25); même quand elle est veuve, il faut admettre que ses dispositions sont encore restreintes par l'obligation où elle se trouve de doter ses filles, comme héritières les plus proches; à défaut de filles, elle doit également assurer l'existence de ses fils (26). Du reste, à la différence du père, la mère ne peut jamais être contrainte au partage (27).

18. Les dispositions qui précèdent n'empêchent pas que tout héritier ne puisse être exclu du partage « pour une cause jugée suffisante » (28) ; c'est l'*exhérédation* qu'on retrouve dans la plupart des législations anciennes et modernes. Une sorte d'*émancipation* est permise également, à l'égard du fils, qui, étant apte au travail, préfère vivre dans l'indolence ; mais, dans ce cas, il lui est fait quelque don modique pour prévenir les contestations (29).

(24) *Vivâda*, p. 236; *Dig.*, §§ 74-75, 103, 110, 138 et 346-356.
(25) *Dig.*, t. II, p. 250.
(26) Gibelin, t. II, p. 77.
(27) *Dig.*, t. II, p. 110-111.
(28) *Dig.*, t. II, p. 540, § 27 ; — Cfr. Gibelin, t. II, p. 48.
(29) *Dig.*, III, §§ 106-107.

19. Si la réserve a été entamée ou supprimée par des donations ou par un partage inégal, il semble qu'il n'y ait pas à douter que la donation ou le partage ne soient nuls, au moins en ce qu'ils ont de contraire aux droits de la famille, et l'un des passages ci-dessus visés de Kâtyâyana, paraît formel en ce sens (30); cependant il s'est produit, à cet égard, au moins dans les temps modernes, une scission entre l'école du Bengale et celle de Bénarès : la première applique ici, sans discernement, un axiome célèbre du droit hindou, à savoir « qu'un fait ne peut être détruit par cent textes » (31); suivant cette école, comme les textes qui défendent le meurtre d'un brâhmane n'empêchent pas que ce fait ne soit souvent consommé, de même la prohibition de certains avantages resterait impuissante à les empêcher; l'école de Bénarès limite l'axiome précité aux faits irréparables, ce qui la réduit à une vérité naïve et banale, mais, au moins, elle tient avec raison pour la nullité ou la réduction des avantages prohibés. Plusieurs textes, formels en ce sens, de Manou, de Kâtyâyana et de Yâjnavalkya, se trouvent réunis dans le *Digest* de Colebrooke (32). Mais d'autres auteurs, sortant du droit pur et se préoccupant davantage du respect que doivent les enfants aux volontés paternelles, menacent du mépris en ce monde, et de châtiments dans l'autre, ceux qui attaqueraient les dispositions de leur père (33).

La prohibition de donner cesse, en tout cas, quand la

(30) *Dig.*, t. II, p. 133.

(31) *Dâya-Bhâga*, ch. II, § 30.

(32) *Dig.*, t. II, pp. 105, 113, 117, 159, 193-195, 201 ; t. III, p. 4, p. 37 et s. ; — Cfr. Gibelin, t. II, p. 80-83 ; Strange, p. 23-24 ; Macnaghten, pp. 4-5, 10-12, 15-16, 46-50.

(33) *Dig.*, t. II, p. 546-547, §§ 31-33 ; — Cfr. *Dâya-Bhâga*, ch. II, nos 28-31 et 74-75.

promesse ou le don a été fait à un brâhmane et pour des usages religieux. Ce n'est que pour tout autre don que l'on exige qu'il soit fait légalement pour être inattaquable (34). Notre droit féodal, aussi, admit cet exorbitant privilége pour les legs pieux.

§ 5. DE L'ADOPTION.

20. Nous avons déjà rapporté à l'idée religieuse et dominante chez les Hindous, au culte des ancêtres, la base des diverses institutions héréditaires de l'Inde ancienne et moderne ; c'est encore à la même cause qu'il faut attribuer l'immense développement qu'a pris chez ce peuple une des plus importantes institutions du droit de famille, l'adoption ; c'est à l'Inde, ou aux anciennes traditions aryennes, que la Grèce et Rome ont emprunté cette paternité fictive, mais en la simplifiant et en la ramenant aux limites de la nécessité et de la raison.

Celui qui n'a pas, pour faire les sacrifices après sa mort, un fils légitime, « un fils issu de son corps », *auraça* (*a*), se donnera un fils adoptif (*datta*), un fils factice (*kritrima*). Manou et Yâjnavalkya (1) reconnaissent ainsi onze sortes de fils adoptifs, appelés à remplir subsidiairement, et les uns à défaut des autres, l'office d'enfants légitimes (2).

Le premier est dit le *fils de l'épouse autorisée*, c'est celui qui est procréé, soit avec la veuve, soit avec l'épouse

(34) *Dig.*, t. II, p. 170-172.

(1) Manou, IX, 165-181 ; Yâjnavalkya, II, 128 à 132.

(2) Cfr. Orianne, *Mitâksharâ*, I, 11 ; *Dattaka-Tchandrika*, sect v.

(*a*) C'est l'expression d'un autre commentaire de Yâjnavalkya, la *Subodhinî* (V. Orianne, p. 115). Nos anciennes coutumes disent exactement de même « un hoir de son corps. »

autorisée du mari, par le plus proche parent (*sapinda*) du mari décédé ou infirme et incapable de procréer. Manou (3) précise minutieusement le mode et les conditions de cette union, qui, dans le cas au moins où le mari est décédé, rappelle d'une manière frappante le *lévirat* des Hébreux (3 *bis*). Mais, après avoir parlé de la veuve (ce qui exclut déjà le cas du mari infirme), Manou paraît limiter à la fiancée survivant à son futur époux le droit de s'unir au plus proche parent du mort, et surtout il condamne formellement cette union chez la femme légitime d'un homme encore vivant, même incapable d'engendrer et donnant son consentement (4). Mais, plus loin (5), Manou parle de nouveau de l'enfant engendré par un parent avec l'épouse d'un homme décédé, impuissant ou malade, ce qui permet de croire que ce législateur n'a voulu précédemment que dissuader de cette union et non la défendre (*b*).

L'enfant ainsi engendré par le parent avec l'épouse est dit « né dans le champ du mari (*ksetradja*) » ; il est dit aussi fils de deux pères (*dvyâmushyâyana*) ; cette double qualification est justifiée par Manou, au moyen d'une comparaison naïve entre les droits respectifs du maître du champ et du propriétaire de la semence (6).

Le fils procréé avec la femme par le parent du mari défunt reçoit les biens de ce dernier après sa seizième année (7).

(3) IX, 59-63.
(3 *bis*) *Genèse*, XXXIII, 6-9 ; *Deuter*, XXV, 5-10 ; *Ruth*, IV.
(4) IX, 63-70.
(5) IX, 167.
(6) *Ib.*, IX, 48-55.
(7) Manou, IX, 145-146, 190.
(*b*) Aujourd'hui cette union est formellement défendue dans l'Inde (V. Orianne, p. 111-118).

Manou a prévu aussi le cas où, après qu'un enfant aurait été ainsi conçu par l'épouse, des œuvres d'un parent du mari atteint d'une infirmité qu'on croyait incurable, celui-ci aurait lui-même un enfant légitime de ses œuvres (*c*); dans ce cas, il déclare que chacun des enfants succède à son père naturel, à l'exclusion de l'autre; cependant il accorde encore au fils de l'épouse autorisée, tantôt la sixième, tantôt la cinquième partie des biens du mari (8).

Manou, n'approuvant pas cette cohabitation de la femme avec le parent de son mari, même décédé, admet que si, de plusieurs frères germains un seul a un fils légitime, celui-ci est considéré comme le fils de tous les frères, pour recueillir leur héritage et leur offrir le gâteau funèbre (9).

Le troisième fils *subsidiaire*, c'est-à-dire destiné à tenir lieu de fils légitime, est le fils premier-né du mariage de la fille légitime; dans ce cas, il est nécessaire, mais il suffit que le père, en mariant sa fille, ait eu l'intention, manifestée ou restée secrète, d'avoir par sa fille un descendant mâle qui lui fasse les sacrifices; on l'appelle le fils de la fille désignée (*putricâ putra*); il succède à son aïeul maternel, même quand il naît après la mort de celui-ci; à défaut de cet enfant, le mari de la fille désignée prend l'héritage du père (10).

Après le fils de l'épouse autorisée, le fils du frère et le fils de la fille désignée, viennent les fils adoptifs propre-

(8) *Ib.*, IX, 162, 164.

(9) *Ib*, 182; — Cfr. *Mitâkshará*, I, XI, 36; *Dattaka-Tchandrika*, I, 20.

(10) Manou, IX, 127-140; — Cfr. *Mitâksh.*, I, XI.

(*c*) Ce qui prouve encore que la disposition des *slocas* 64-68 récités n'est qu'un conseil préventif et non une prohibition légale.

ment dits, parmi lesquels on distingue le *fils donné* ou celui que les père et mère accordent à une personne privée d'enfants (11). Vient ensuite le *fils fait* ou celui qui est adopté sans le concours de ses parents naturels, parce qu'ils sont décédés (12); il ne nous paraît guère différer du *fils donné par lui-même* (*svadatta*, *svayamdatta*) (13); il y a encore le *fils acheté* et le *fils rejeté*, c'est-à-dire recueilli après l'abandon de ses père et mère, et ainsi jusqu'à onze ordres de fils adoptifs (douze, en comptant le fils légitime), les uns *parents et héritiers*, les autres *parents* seulement (*d*).

Les effets principaux de l'adoption sont de donner au fils la vocation héréditaire aux biens de l'adoptant, et de l'obliger, par là même, aux sacrifices en son honneur.

En sens inverse, l'adopté ne peut plus succéder à son père naturel, et cesse de lui devoir les sacrifices, s'il est resté d'autres enfants mâles à celui-ci (14), ce qui sera le plus fréquent, car l'adoption ne peut, en général, s'appliquer à un fils unique, ni à l'aîné de plusieurs fils (15).

L'adopté succède à l'adoptant, à moins qu'il ne survienne à celui-ci un fils légitime après l'adoption, cas auquel l'adopté est réduit au quart des biens de l'adoptant (16).

(11) Manou, IX, 168.
(12) *Ib.*, 169.
(13) *Ib.*, 177.
(14) Manou, IX, 141-142.
(15) *Mitâksharâ*, I, XI, 11; *Dattaka-Tchandrika*, I, 27, 29; *Dig.*, t. II, p. 108.
(16) *Mitâksh.*, I, XI, 24-26; — Cfr. Gibelin, t. I, p. 82.
(*d*) Manou, IX, 158 et 170-179; — Cfr. *Mitâksharâ*, I, 11; *Dattaka-Tchandrika*, V; *Vivâda*, très-complet sur ce point, p. 278-288. — Nous comprendrions mieux que ceux des enfants qui ne sont pas à la fois *parents et héritiers* fussent seulement *héritiers*, puisqu'ils sont d'ailleurs privés du lien du sang; mais Manou, Yâjnavalkya, et Vatchaspati sont formels pour les appeler *parents seulement*.

Quoique les femmes n'aient pas droit aux sacrifices, elles sont cependant admises à adopter, du vivant de leur mari avec son consentement et en toute liberté après sa mort (*e*).

On a vu, chemin faisant, que, sur plusieurs points du droit héréditaire, l'Inde elle-même, malgré son aveugle attachement pour ses anciennes traditions, a dû laisser peu à peu s'élargir les principes protecteurs de la famille; les effets au moins ont été plus raisonnables que les causes, aussi ont-ils pu se transporter sans elles chez les nombreuses nations d'origine âryenne ou nations indo-européennes; là, ils se sont rattachés à des principes plus naturels, plus vrais et plus élevés. Ainsi on retrouve la réserve héréditaire des enfants en Grèce, à Rome et dans la Gaule; elle persiste dans la France féodale et coutumière, et le droit moderne de l'Europe la considère comme la pierre angulaire de la famille. C'est de l'Inde, ou de plus loin encore, qu'elle nous a été transmise, comme tant d'autres institutions de droit public et privé: plus qu'aucune autre législation, celle de l'Inde nous révèle nos premières origines; aussi a-t-on pu dire que, « pour le temps, comme pour l'espace, l'Inde est vrai- « ment l'abrégé du monde » (17).

G. Boissonade,
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris.

(17) Gibelin, *op. cit.*, t. I, p. 123.

(*e*) *Mitâkshará*, I, xi, 9; — *Dattaka-Tchandrika*, I, 7. — Sur toute cette matière, le *Dattaka-Tchandrika*, traité spécial de l'Adoption, le *Vivâda Tchintamâni*, *loc. cit.*, le *Digest* de Colebrooke (§§ 178 à 313), Strange, p. 73-88, 97 et s. et Macnaghten, ch. vi, entrent dans des détails considérables qui excéderaient les limites de notre travail.

LE TRAITÉ DES LOIS DE THÉOPHRASTE.

Théophraste, l'élève d'Aristote et son successeur dans la direction du Lycée, est surtout connu par ses traités de botanique et par ses *Caractères*, que notre La Bruyère a traduits en français. Ses autres ouvrages ne sont pas parvenus jusqu'à nous; nous en connaissons les titres par la liste qu'en donne Diogène de Laërte (1), et cette liste est longue, car il n'est peut-être pas de sujet auquel Théophraste n'ait touché. Toutes les branches de la science humaine y sont représentées. C'était une encyclopédie immense que les anciens admiraient fort, et dont les débris nous étonnent encore aujourd'hui.

Parmi ces ouvrages, il en est plusieurs dont la perte doit surtout exciter nos regrets. La Rhétorique, la Poétique, la Morale, quoique souvent citées par Cicéron, par Plutarque, par Marc-Aurèle lui-même, ne nous apprendraient peut-être pas beaucoup plus que les ouvrages immortels d'Aristote; mais la Politique, et, surtout, le *Traité des lois*, en vingt-quatre livres, nous feraient connaître tout un coin de l'antiquité qui est resté obscur pour nous. Théophraste a été un jurisconsulte, et le seul jurisconsulte considérable que la Grèce ait produit (2). Il

(1) Diog. Laert. V, 2.

(2) Nous ne parlons ici que du droit privé, car les travaux d'Aristote sur le droit public sont restés des chefs-d'œuvre. A côté de Théophraste on peut citer Démétrius de Phalère, auteur d'un Traité sur la législation Athénienne, Philochoros Περὶ γραφῶν, Séleucus qui avait écrit un commentaire des lois de Solon, et Cæcilius. Un certain Cratère avait fait un recueil de décrets. Il reste de tous ces jurisconsultes d'assez nombreux fragments qu'il serait utile de recueillir et de mettre en ordre.

est donc intéressant de recueillir les fragments de son livre, de les mettre en ordre et de les expliquer. C'est ce que nous essaierons de faire dans le Mémoire qu'on va lire.

Ce soin a été négligé jusqu'ici par les divers éditeurs de Théophraste. Leurs collections de fragments sont très-incomplètes, et sans aucun ordre. Quant à l'interprétation, personne ne paraît y avoir pris garde. Plusieurs de ces textes sont absolument inintelligibles dans leur état actuel. Nous avons hasardé quelques corrections qui paraissent commandées par le sens général, sans toutefois faire trop de violence au texte des Manuscrits.

Quant au commentaire, il sera très-bref. Nous ne prétendons pas faire un traité de droit grec, ni même rattacher au texte de Théophraste tous les textes parallèles. Un travail de ce genre nous conduirait trop loin. Nous nous bornerons aux observations strictement nécessaires pour établir le sens, et nous signalerons les principales conséquences qui nous paraissent pouvoir être tirées de ces fragments.

La lecture de notre Mémoire conduira peut-être à penser que, si l'étude du droit hellénique est intéressante par elle-même, elle est indispensable pour l'intelligence complète du droit romain. Les Douze-Tables n'ont pas été empruntées aux lois de Solon, mais la plus grande partie du droit attique a passé dans l'édit du préteur. Un grand nombre de jurisconsultes romains étaient Grecs ou d'origine grecque, élevés dans la littérature et la philosophie grecque. L'influence hellénique dans le développement du droit romain a donc été considérable. Elle n'a pas été jusqu'à ce jour assez étudiée. C'est un sujet que nous recommandons à toute l'attention des jurisconsultes et des hellénistes.

I.

Jura constitui oportet, ut dixit Theophrastus, in his quæ ἐπὶ τὸ πλεῖστον accidunt, non quæ ἐκ παραλόγου.

(Pomponius, libro xxv ad Sabinum, l. 3, Dig. *De legibus*, I, 3.

I.

Les lois doivent être faites, a dit Théophraste, en vue de ce qui arrive le plus souvent, et non en vue d'événements extraordinaires.

II.

Τὸ γὰρ ἅπαξ ἢ δίς, ut ait Theophrastus, παραβαίνουσιν οἱ νομοθέται.

(Paulus, libro xvii ad Plautium, l. 6, Dig. *De legibus*, I, 3, et l. 3, Dig. *Si pars hereditatis petatur*, V, 4.)

II.

Les législateurs, dit Théophraste, ne tiennent aucun compte de ce qui n'arrive qu'une fois ou deux.

III.

Ὀλίγων οἱ ἀγαθοὶ νόμων δέονται· οὐ γὰρ τὰ πράγματα πρὸς τοὺς νόμους ἀλλ'οἱ νόμοι πρὸς τὰ πράγματα τίθενται.

(Stobée, Serm. cap. xxvii, p. 218.)

III.

Il faut peu de lois aux honnêtes gens, car les affaires ne se font pas en vue des lois ; ce sont au contraire les lois qui se font en vue des affaires.

Ces trois fragments faisaient, sans doute, partie d'un livre préliminaire consacré à des considérations générales et philosophiques sur le droit et les lois. Nous n'avons pas à en apprécier ici la valeur. Ce qui est digne de remarque, c'est de voir Théophraste cité par deux jurisconsultes romains, Pomponius et Paul.

Si l'on en croit Plutarque, les ouvrages de Théophraste auraient été apportés à Rome par Sylla en même temps que ceux d'Aristote (1), et c'est à Rome qu'ils auraient été publiés par le grammairien Tyrannion et Andronic de Rhodes. Quoi qu'il en soit de cette tradition, il est certain

(1) Plutarch. *Sylla ;* cap. 26.

que le *Traité des lois* de Théophraste a servi de modèle à Cicéron, qui le cite avec les plus grands éloges (2).

IV.

Κύρβεις, τρίγωνοι ἄξονες, ἢ πίνακες ἔχοντες τοὺς πολιτικοὺς νόμους καὶ τὰς δημοσίας ἀναγραφάς. Εἴρηται δὲ ἀπὸ τοῦ κεκορυφῶσθαι εἰς ὕψος, ἢ κατεσκειρῶσθαι, ὡς Ἀπολλόδωρος. Θεόφραστος δὲ ἀπὸ τῶν κρητικῶν κορυβάντων. Τῶν γὰρ κορυβαντικῶν ἱερῶν οἷον ἀντίγραφα αὐτοὺς εἶναι.

(Photius, *Lex.*)

IV.

Κύρβεις, poteaux triangulaires, ou tableaux portant les lois civiles et servant de registres publics; ainsi appelés parce qu'ils sont recourbés en pointe vers le haut, ou durcis, comme dit Apollodore. Suivant Théophraste, le nom vient des Corybantes de Crète. Ce sont en effet comme des copies des rites corybantiques.

Nous n'avons pas besoin de signaler l'absurdité de cette étymologie. L'abus de l'étymologie, si fréquent chez les jurisconsultes romains, est encore un emprunt fait aux Grecs. (Cf. Apollodori fragmenta, 24-26, dans les *Fragmenta historicorum græcorum*, éd. Didot, p. 432.)

V.

Θεσμοθέται. Δημοσθένης ἐν τῷ κατ' Ἀνδροτίωνος. Ἀρχή τίς ἐστιν Ἀθήνησιν ἡ τῶν Θεσμοθετῶν ἓξ τὸν ἀριθμὸν ὄντων, εἰσὶ δὲ ἐκ τῶν καλουμένων θ' Ἀρχόντων. Καλοῦνται δὲ οὕτως ὅτι τῶν νόμων τὴν ἐπιμέλειαν εἶχον· θεσμοὶ δὲ ἐκαλοῦντο οἱ νόμοι, ὡς προείπομεν. Ὅτι δὲ τοὺς νόμους οὗτοι διώρθουν καθ' ἑνιαυτὸν ἕκαστον, εἴρηκεν Αἰσχίνης τε ἐν τῷ κατὰ Κτησιφῶντος καὶ Θεόφραστος ἐν γ' νόμων. Ὁ δὲ Ἀριστοτέλης ἐν τῇ Ἀθηναίων πολιτείᾳ διέρχεται ὅσα οὗτοι πράττουσιν.

V.

Thesmothètes. Démosthène dans le discours contre Androtion. Les Thesmothètes constituent une des magistratures d'Athènes. Ils sont au nombre de six, et font partie des neuf Archontes. On les appelle ainsi parce qu'ils ont la surveillance des lois, or les lois s'appelaient Θεσμοί, comme nous l'avons déjà dit. Chaque année ils mettaient les lois en ordre, comme le disent Eschine dans le discours

(2) Cicéron, *De legibus*, III, 5-7; — *De finibus bonorum et malorum*, V, 4 : « Omnium fere civitatum non Græciæ solum sed « etiam barbariæ, ab Aristotele mores, instituta, disciplinas, a « Theophrasto leges etiam cognovimus. » — V. encore *Ep. ad Atticum*, II, 3.

(Harpocration, *Lex.* v° Θεσμοθέται.)

contre Ctésiphon, et Théophraste dans le IIIe livre des *Lois*. Aristote, dans son livre sur le gouvernement des Athéniens, énumère toutes les attributions des Thesmothètes.

Ce fragment et le suivant appartiennent au troisième livre, qui traitait, sans doute, des pouvoirs publics et des magistratures. Il est, en effet, question des Thesmothètes dans le discours de Démosthène contre Androtion, §§ 21, 23, 29, où l'on voit qu'Androtion, accusé d'avoir proposé un décret illégal, parce que son immoralité l'aurait rendu indigne de parler au peuple, se défendait en disant que, s'il s'était rendu coupable d'immoralité, ses adversaires devaient le poursuivre devant les Thesmothètes, seuls compétents en pareils cas.

Quant à la fonction législative des Thesmothètes (1), elle est très-clairement expliquée dans le passage cité d'Eschine contre Ctésiphon, §§ 38, 39 : « Il (Solon) a expressément ordonné aux Thesmothètes de réviser les lois « chaque année, de rechercher avec soin s'il en existe de « contradictoires ou d'abrogées, ou même s'il y en a plus « d'une sur le même sujet. S'ils en trouvent, ils doivent « les transcrire sur des tablettes et les afficher aux statues « des héros. Les prytanes assemblent alors le peuple et « font désigner des Nomothètes. Le chef des Proèdres re« cueille les suffrages, et de ces lois les unes sont abo« lies, les autres maintenues, en sorte qu'il n'y a jamais « qu'une seule loi sur le même sujet.»

L'ouvrage d'Aristote sur le gouvernement des Athéniens est perdu. C'était une partie de son grand ouvrage

(1) Sur les Thesmothètes, V. George Perrot, *Essai sur le droit public et privé de la République athénienne*, 1867, t. I, p. 167.

sur les Constitutions, dont on peut voir les fragments dans les *Philosophorum græcorum fragmenta*, éd. Didot.

VI.

Ἀρδῆττος. Λυσίας ἐν τῷ πρὸς Λεπτίνην. Τόπος Ἀθήνησιν ὑπὲρ τὸ στάδιον τὸ παναθηναϊκόν, πρὸς τῷ δήμῳ, τῷ ὑπένερθεν Ἀγρυλέων. Ἐν τούτῳ φασί, δημοσίᾳ πάντες ὤμνυον Ἀθηναῖοι τὸν ὅρκον τὸν ἡλιαστικόν. Ἐνομάσθη δὲ ἀπὸ Ἀρδήττου ἥρως ἀρχαίου ὃς Ἀθηναίους πρῶτος ἐξώρκισεν. Θεόφραστος δ'ἐν τοῖς περὶ νόμων δηλοῖ ὡς καταλέλυτο τὸ ἔθος τοῦτο.

(Harpocration, *Lex.*; Suidas et Lexic. Seguerianum ap. Bekker, *Anecdota*, t. I, p. 443.

VI.

Ardettos. Lysias dans le discours contre Leptine. C'était un emplacement situé à Athènes, au-dessus du stade panathénaïque, vers le dème qui est au-dessous d'Agrylé. C'est là, dit-on, que tous les Athéniens, réunis en assemblée populaire, prêtaient le serment héliastique. Il tenait son nom d'un ancien héros, Ardettos, qui fit, le premier, prêter serment aux Athéniens. Théophraste, dans ses livres sur les lois, fait voir que cet usage est tombé en désuétude.

Agrylé était un des dèmes de la tribu Érechthéide.

Le texte du serment des Héliastes se trouve dans Démosthène, Discours contre Timocrate, § 149-151 ; mais l'authenticité de ce texte est sérieusement révoquée en doute. V. aussi Pollux, VIII, 122.

Sur l'héliée, c'est-à-dire le jury athénien et la formule du serment judiciaire. V. George Perrot, *Essai sur le droit public et privé de la république athénienne*, p. 221, 237 et suiv.

VII.

Εἰσαγγελία κατὰ καινῶν καὶ ἀγράφων ἀδικημάτων. Αὕτη μὲν ἡ Κηκιλίου δόξα· Θεόφραστος δὲ ἐν τῷ τετάρτῳ περὶ νόμων φησὶ γενέσθαι ἐάν τις καταλύῃ τὸν δῆμον ῥήτωρ, ἢ μὴ τὰ ἄριστα συμβουλεύῃ χρήματα λαμβάνων· ἢ ἐάν τις προδιδῷ χωρίον (1)

VII.

L'εἰσαγγελία s'emploie contre les crimes nouveaux et non prévus par la loi. C'est ce que nous apprend Cécilius. Théophraste, dans le IVe livre des *Lois*, dit qu'elle a lieu lorsqu'un orateur cherche à renverser le

(1) La leçon φρούριον donnée par Pollux est préférable.

ἢ ναῦς, ἢ πεζὴν στρατίαν· ἢ ἐάν τις εἰς τοὺς πολεμίους ἀφικνῆται, ἢ ἐνοικῇ παρ' αὐτοῖς, ἢ στρατεύηται μετ' αὐτῶν, ἢ δῶρα λαμβάνῃ.

(Lex. rhet. post Photium Porsoni, p. 667, et Pollux, lib. VIII, cap. 6.)

gouvernement populaire, ou donne de mauvais conseils en se laissant corrompre à prix d'argent, ou lorsqu'une personne livre une place forte, des vaisseaux, ou des troupes de terre, ou lorsqu'une personne se rend chez les ennemis, ou demeure avec eux, ou prend les armes avec eux, ou reçoit d'eux des présents.

Le quatrième livre de Théophraste, auquel appartiennent les fragments VII et VIII, traitait des accusations criminelles, γραφαί.

L'εἰσαγγελία, dont il est parlé dans le fragment VII, était une forme d'accusation extraordinaire. Elle se portait devant l'Assemblée du peuple, qui pouvait juger elle-même, mais qui, le plus souvent, renvoyait l'affaire aux tribunaux. On peut consulter Meier et Schœmann, *Der attische process*, p. 260; Herrmann, *Griechische Staatsalterthümer*, § 133; Schœmann, *Griechische Alterthümer*, t. I, p. 482; Perrot, *lib. citat.*, p. 34, 299, 321.

VIII.

Ἔθος ἦν Ἀθήνησι κατὰ τῶν ἀρχόντων καὶ κατὰ τῶν συκοφαντῶν προβολὰς ἐν τῷ δήμῳ τίθεσθαι· εἰ δέ τινος καταχειροτονηθείη, οὗτος εἰσήγετο εἰς τὸ δικαστήριον. Ἔστι δὲ πόλλακις τοὔνομα παρά τε Δημοσθένει ἐν τῷ κατὰ Μειδίου καὶ Ὑπερίδῃ ἐν τῷ ὑπὲρ Χαιρεφίλου περὶ τοῦ ταρίχους. Διεξῆλθε δὲ περὶ τῆς καταχειροτονίας καὶ Θεόφραστος ἐν δ' νόμων.

(Harpocration, *Lex.* V° Καταχειροτονία.)

VIII.

C'était l'usage, à Athènes, de porter devant le peuple les accusations préparatoires (προβολαί) contre les archontes et les sycophantes. Le peuple votait en levant les mains, et si la plainte était appuyée, le prévenu était traduit devant le tribunal. Le mot se rencontre souvent chez Démosthène dans le discours contre Midias, chez Hypéride dans le discours pour Chéréphile au sujet des poissons salés. Théophraste a aussi parlé de la Καταχειροτονία dans le IVe livre des *Lois*.

Après avoir traité de l'εἰσαγγελία, Théophraste parlait de la προβολή, c'est-à-dire de l'accusation préparatoire qui se portait en certains cas devant l'assemblée du peuple, et qui peut être comparée à une demande en autorisation de poursuites. Le peuple votait en levant les mains. Si le vote était contre l'accusé (Καταχειροτονία), l'accusateur portait la cause devant un tribunal. (V. Meier et Schœmann, *Der Attische Prozess*, p. 271-277; Herrmann, *Griechische Staatsalterthümer*, § 130, 14).

IX.

Θεόφραστος ἱστορεῖ λέγων οὕτως· Ἀθήνησιν οὖν ἐν τοῖς δημοσίοις ἀγῶσιν, ἐὰν μὴ μεταλάβῃ τις τὸ πέμπτον μέρος, χιλίας ἀποτίνει, καὶ ἔτι πρόσεστί τις ἀτιμία, οἷον τὸ ἐξεῖναι μήτε γράψασθαι παρανόμων, μήτε φαίνειν, μήτε ὑφηγεῖσθαι.

(Schol. in Demosth. contra Androt., p. 593. — Harpocration, *Lex.* V° Ἐάν τις. — Lex. Rhet. post Photium Porsoni, p. 677, où on lit Θεόφραστος ἐν πέμπτῳ περὶ νόμων.)

IX.

Théophraste s'exprime ainsi (dans le cinquième livre des *Lois*) : dans les accusations publiques, à Athènes, si l'accusateur n'obtient pas la cinquième partie des suffrages, il paie une amende de mille drachmes, et de plus il est frappé de certaines incapacités, par exemple il ne peut plus intenter ni la γραφή παρανόμων, ni la φάσις, ni la ὑφηγήσις.

X.

Καίτοι γε ὁ Θεόφραστος τοὺς μὲν ἄλλας γραφὰς γραψαμένους χιλίας τ'ὀφλισκάνειν, εἰ τοῦ πέμπτου τῶν ψήφων μὴ καταλάβοιεν, καὶ προσατιμοῦσθαι· τοὺς δὲ εἰσαγγέλλοντας μὴ ἀτιμοῦσθαι μέν, ὄφλειν δὲ τὰς χιλίας. Ἔοικε δὲ τοῦτο διὰ τοὺς ῥαδίως εἰσαγγέλλοντας ὕστερον προσγεγράφθαι.

(Pollux, lib. VIII, cap. 6.)

X.

Théophraste assure que dans les autres accusations, si l'accusateur n'obtient pas le cinquième des suffrages, il encourt une amende de mille drachmes et de plus certaines incapacités, tandis que dans l'εἰσαγγελία il encourt l'amende sans aucune incapacité; mais cela paraît avoir été introduit plus tard, pour remédier à l'abus de l'εἰσαγγελία.

Ces deux textes (IX et X) qui se complètent l'un l'autre, se réfèrent évidemment à un seul et même passage du

cinquième livre de Théophraste. C'est la suite de la théorie de l'εἰσαγγελία. Il s'agit de la peine infligée aux accusateurs téméraires. La γραφὴ παρανόμων était l'accusation d'illégalité dirigée contre quiconque avait proposé ou fait passer un décret contraire aux lois. La φάσις était l'action intentée contre les auteurs de contraventions en matière fiscale; elle était rémunérée par une part dans l'amende prononcée. La ὑφήγησις, qu'il ne faut pas confondre avec l'ἐφήγησις, était une action dirigée contre les détenteurs de choses appartenant à l'État. (Pour ces définitions, V. Herrmann, *Griechische Staatsalterthümer*, t. I, § 136; Meier et Schœmann, *Der attische Process*, p. 247 et 260; Schœmann, *Griechische Alterthümer*, t. I, p. 481; Perrot, p. 164.

On peut voir un exemple d'εἰσαγγελία dans le discours d'Hypéride contre Lycophron (*Hyperidis orationes quatuor*, éd. Blass., Leipzig, 1869.)

XI.

Ἀνάδικος κρίσις. Εἰ ἑάλωσαν ἤτοι πάντες οἱ μάρτυρες ψευδομαρτυριῶν ἢ ὑπερημίσεις, ἐκρίνετο ἄνωθεν ἡ δίκη. Οὐκ ἐπὶ πάντων δὲ τῶν ἀγώνων ἐγίγνοντο ἀνάδικοι αἱ κρίσεις, ἀλλ' ὥς φησι Θεόφραστος ἐν ζ' νόμων, ἐπὶ μόνης ξενίας καὶ ψευδομαρτυριῶν καὶ κλήρων.

(Schol. in Plat. *Leges*, p. 937, D.)

XI.

Si tous les témoins, ou plus de la moitié d'entre eux, étaient condamnés pour faux témoignage, l'affaire était jugée de nouveau. Toutefois ces nouveaux jugements n'avaient pas lieu dans toutes sortes de contestations. On les donnait seulement, comme dit Théophraste dans le VIIe livre des *Lois*, dans les affaires de nationalité, de faux témoignage et de succession.

Le septième livre contenait la suite des actions publiques, et notamment l'action de faux témoignage.

Le droit athénien admettait deux cas de révision. Le premier était celui d'un jugement rendu par défaut, sans

que la partie défaillante fût en faute pour ne pas s'être présentée; c'est ce que nous appelons l'*opposition*. Le second cas était celui dont parle Théophraste. Lorsque la partie condamnée parvenait à faire condamner pour fausseté moignage les témoins produits par son adversaire, la condamnation prononcée contre elle n'avait plus de base légale. En ce cas, la partie ainsi injustement condamnée pouvait intenter contre son adversaire victorieux une action en dommages-intérêts, δίκη κακοτεχνιῶν. Mais cette action même n'aurait pas toujours été suffisante pour réparer le préjudice causé. Aussi la loi accordait-elle la *restitutio in integrum*, et un nouveau jugement, ἀναδίκια, toutes les fois que la condamnation avait porté atteinte à l'état civil, à l'honneur, au droit de famille et de parenté. Tel était, en effet, le résultat de la condamnation dont parle Théophraste. Nous n'avons rien à ajouter à ces explications données par Meier et Schœmann, *Der attische Process*, p. 753-762.

XII.

Εἰ μέντοι καὶ ἐν βιβλίῳ τινὶ τοὔνομα τὴν ἀπαρτίαν εὑρεῖν ἐθέλοις, ὡς ὑπὲρ τῶν λεγόντων ἀπολογοῖο, εὑρήσεις ἔν τε τῷ δευτέρῳ τῶν Ἱππώνακτος ἰάμβων « ἄκηρατον δὲ τὴν ἀπαρτίαν ἔχει, » καὶ παρὰ Θεοφράστῳ δὲ ἐν τῷ δεκάτῳ νόμων.

(Pollux, lib. X, cap. 2.)

XII.

Si vous voulez trouver dans un livre le mot d'ἀπαρτία (menus meubles) afin d'avoir une autorité pour l'emploi de ce mot, vous le trouverez dans le second livre des *Iambes* d'Hipponax : « Il a tous ses menus meubles intacts, » et chez Théophraste dans le xe livre des *Lois*.

XIII.

Δημήτριος γοῦν ἐν γ' νομοθεσίας φήσιν ὅτι προσέταττεν ὁ νόμος τοῖς Μετοίκοις ἐν ταῖς πομπαῖς αὐτοὺς μὲν σκάφας φέρειν, τὰς δὲ θυγατέρας αὐτῶν ὑδρεῖα καὶ σκιάδια. Διείλεκται περὶ τούτων καὶ Θεόφραστος ἐν ἱ νόμων.

XIII.

Démétrius, dans le troisième livre de sa Législation, dit que la loi ordonnait aux Métèques de porter dans les processions les vases servant aux sacrifices. Leurs filles étaient obligées de

V. Démosthène contre Aristocrate, §§ 37-40, où il cite la loi de Solon, qui défendait de tuer le meurtrier réfugié en terre étrangère, à moins qu'il ne se présentât soit au marché de la frontière (ἀγορὰ ἐφορία), soit aux jeux ou aux cérémonies amphictioniques.

XVII

Ὅτι οἱ ἁλόντες ἐπ' ἀκουσίῳ φόνῳ ἐξουσίαν εἶχον εἰς διοίκησιν τῶν ἰδίων Δημοσθένης ἐν τῷ κατ' Ἀριστοκράτους ὑποσημαίνει καὶ Θεόφραστος ἐν τῷ ιγ' τῶν νόμων δηλοῖ.

(Harpocration, *Lex.*; Suidas et Photius.)

XVII.

Ceux qui étaient condamnés pour un meurtre involontaire avaient la faculté d'administrer leurs biens. C'est ce que Démosthène donne à entendre dans le discours contre Aristocrate, et Théophraste montre la même chose dans le XIIIe livre des *Lois*.

Les livres XIII à XVI traitaient du meurtre et des attentats contre les personnes, ainsi que des diverses actions auxquelles ces attentats pouvaient donner lieu (φονικαὶ δίκαι).

Le texte cité de Démosthène est tiré du discours contre Aristocrate, §§ 71-73. On y voit que le meurtre involontaire était jugé par les Éphètes au Palladion, ἐπὶ Παλλαδίῳ. En cas de condamnation, le meurtrier pouvait s'exiler jusqu'à ce qu'il eût transigé avec les parents du défunt. V. Perrot, p. 211.

XVIII

Φαρμακῶντα. Δημοσθένης ἐν τῷ κατὰ Στεφάνου. Ἔστι δὲ φαρμακῶν ὁ ὑπὸ φαρμάκων βεβλάμμενος ὡς καὶ Θεόφραστος ἐν ιε' νόμων ὑποσημαίνει.

(Harpocration, *Lex.*, Photius et Suidas.)

XVIII

Φαρμακῶντα. Démosthène emploie ce mot dans le discours contre Stéphanos. On appelle φαρμακῶν celui dont la raison a été altérée par des poisons, ainsi que l'explique Théophraste dans le XVe livre des *Lois*.

Voici le passage cité de Démosthène (contre Stéphanos, II, § 16) : « Celui-là même qui est sans enfants n'est pas le

par exemple aux Olynthiens et aux Thébains. On peut apprendre par le discours précité d'Isée à quelles charges l'Isotèle restait soumis.

Les livres X et XI traitaient, comme on le voit, des Métèques, c'est-à-dire des étrangers domiciliés, et, en général, de la jouissance des droits civils et politiques.

L'isotélie, c'est-à-dire la participation aux charges publiques, avait pour effet de conférer aux Métèques la jouissance des droits civils, à l'exclusion des droits politiques, notamment le *connubium*, ἐπιγαμία, et le *commercium*, ἔγκτησις. (V. Herrmann, *Griechische Staatsalterthümer*, I, § 116; Schœmann, *Griechische Alterthümer*, I, p. 356; Bœckh, *Staatshaushaltung der Athener*, I, p. 697. Sur l'isotélie conférée à des villes entières, V. Egger, *Etudes historiques sur les traités chez les Grecs et chez les Romains*, 1866.)

Théophraste dit que l'isotélie conférait aux Métèques non-seulement l'exemption de l'impôt spécial, mais encore la dispense des autres charges qui pesait sur eux. Parmi ces charges était l'obligation d'avoir un citoyen pour répondant, προστάτης, et celle dont il est parlé dans le fragment qui précède.

XVI

Ἐφορία ἡ ἐπὶ τῶν ὅρων γινομένη παραγόρευσις, ὡς Δημοσθένης διδάσκει ἐν τῷ κατ' Ἀριστοκράτους, καὶ Θεόφραστος ἐν ιγ' νόμων (1).

(Harpocration, *Lex.*, v° Ἐφορία.)

XVI.

On appelle ἐφορία le marché qui se tient sur la frontière, comme nous l'apprennent Démosthène dans son discours contre Aristocrate, et Théophraste dans le XIIIe livre des *Lois*.

(1) Bekker lit ἐν γ' νόμων. La correction que je propose ἐν ιγ' a l'avantage de ramener ce fragment à sa place naturelle. C'est en effet dans les livres XIII et suivants que Théophraste parlait du meurtre.

V. Démosthène contre Aristocrate, §§ 37-40, où il cite la loi de Solon, qui défendait de tuer le meurtrier réfugié en terre étrangère, à moins qu'il ne se présentât soit au marché de la frontière (ἀγορὰ ἐφορία), soit aux jeux ou aux cérémonies amphictioniques.

XVII

Ὅτι οἱ ἁλόντες ἐπ' ἀκουσίῳ φόνῳ ἐξουσίαν εἶχον εἰς διοίκησιν τῶν ἰδίων Δημοσθένης ἐν τῷ κατ' Ἀριστοκράτους ὑποσημαίνει καὶ Θεόφραστος ἐν τῷ ιγ' τῶν νόμων δηλοῖ.

(Harpocration, *Lex.*; Suidas et Photius.)

XVII.

Ceux qui étaient condamnés pour un meurtre involontaire avaient la faculté d'administrer leurs biens. C'est ce que Démosthène donne à entendre dans le discours contre Aristocrate, et Théophraste montre la même chose dans le XIIIe livre des *Lois*.

Les livres XIII à XVI traitaient du meurtre et des attentats contre les personnes, ainsi que des diverses actions auxquelles ces attentats pouvaient donner lieu (φονικαὶ δίκαι).

Le texte cité de Démosthène est tiré du discours contre Aristocrate, §§ 71-73. On y voit que le meurtre involontaire était jugé par les Éphètes au Palladion, ἐπὶ Παλλαδίῳ. En cas de condamnation, le meurtrier pouvait s'exiler jusqu'à ce qu'il eût transigé avec les parents du défunt. V. Perrot, p. 211.

XVIII

Φαρμακῶντα. Δημοσθένης ἐν τῷ κατὰ Στεφάνου. Ἔστι δὲ φαρμακῶν ὁ ὑπὸ φαρμάκων βεβλάμμενος ὡς καὶ Θεόφραστος ἐν ιε' νόμων ὑποσημαίνει.

(Harpocration, *Lex.*, Photius et Suidas.)

XVIII

Φαρμακῶντα. Démosthène emploie ce mot dans le discours contre Stéphanos. On appelle φαρμακῶν celui dont la raison a été altérée par des poisons, ainsi que l'explique Théophraste dans le XVe livre des *Lois*.

Voici le passage cité de Démosthène (contre Stéphanos, II, § 16) : « Celui-là même qui est sans enfants n'est pas le

par exemple aux Olynthiens et aux Thébains. On peut apprendre par le discours précité d'Isée à quelles charges l'Isotèle restait soumis.

Les livres x et xi traitaient, comme on le voit, des Métèques, c'est-à-dire des étrangers domiciliés, et, en général, de la jouissance des droits civils et politiques.

L'isotélie, c'est-à-dire la participation aux charges publiques, avait pour effet de conférer aux Métèques la jouissance des droits civils, à l'exclusion des droits politiques, notamment le *connubium*, ἐπιγαμία, et le *commercium*, ἔγκτησις. (V. Herrmann, *Griechische Staatsalterthümer*, I, § 116 ; Schœmann, *Griechische Alterthümer*, I, p. 356; Bœckh, *Staatshaushaltung der Athener*, I, p. 697. Sur l'isotélie conférée à des villes entières, V. Egger, *Etudes historiques sur les traités chez les Grecs et chez les Romains*, 1866.)

Théophraste dit que l'isotélie conférait aux Métèques non-seulement l'exemption de l'impôt spécial, mais encore la dispense des autres charges qui pesait sur eux. Parmi ces charges était l'obligation d'avoir un citoyen pour répondant, προστάτης, et celle dont il est parlé dans le fragment qui précède.

XVI

Ἐφορία ἡ ἐπὶ τῶν ὅρων γινομένη παραγόρευσις, ὡς Δημοσθένης διδάσκει ἐν τῷ κατ' Ἀριστοκράτους, καὶ Θεόφραστος ἐν ιγ' νόμων (1).

(Harpocration, *Lex.*, v° Ἐφορία.)

XVI.

On appelle ἐφορία le marché qui se tient sur la frontière, comme nous l'apprennent Démosthène dans son discours contre Aristocrate, et Théophraste dans le xiiie livre des *Lois*.

(1) Bekker lit ἐν γ' νόμων. La correction que je propose ἐν ιγ' a l'avantage de ramener ce fragment à sa place naturelle. C'est en effet dans les livres xiii et suivants que Théophraste parlait du meurtre.

(Harpocration, *Lex.* et Photius).

suites. Dinarque dans le discours contre Callisthène, et dans le discours contre Phormisios. Théophraste dans le XVIe livre des *Lois*.

C'est le prix du sang, qui se rencontre chez tous les peuples à un certain degré de civilisation. On en trouve encore un exemple dans le discours de Démosthène contre Théocrine, § 28, où l'on voit un frère pardonner, à prix d'argent, au meurtrier de son frère. V. Dugit, *Étude sur l'Aréopage athénien*, 1867, p. 112.

XXI.

Θεόφραστος ἐν τῷ περὶ νόμων ὕβρεως καὶ ἀναιδείας παρὰ τοῖς Ἀθηναίοις εἶναι βωμούς φησι.

(Zénob., *Proverbes*, IV, 36.)

XXI.

Théophraste, dans son ouvrage sur les Lois, dit qu'il y a chez les Athéniens des autels de l'injure et de la vengeance.

Nous plaçons ici ce fragment qui se rapporte encore à la juridiction de l'Aréopage et aux lois sur le meurtre. Cicéron paraît avoir eu en vue ce passage de Théophraste lorsqu'il dit, dans son *Traité des lois* (1) : « Nam « illud vitiosum Athenis quod Cylonio scelere expiato, « Epimenide Crete suadente, fecerunt contumeliæ fa- « num et impudentiæ. Virtutes enim, non vitia, conse- « crare decet. » Par malheur, cette réflexion morale paraît reposer sur un malentendu. Les prétendus autels dont il s'agit étaient des pierres non taillées qui servaient de tribune aux deux parties devant l'Aréopage. Celle du poursuivant s'appelait la pierre de l'ἀναιδεία, c'est-à-dire celle de la vengeance inflexible, qui refuse de recevoir le prix du sang (αἰδεῖσθαι). Celle de l'accusé s'appelait la pierre de l'ὕβρις, c'est-à-dire de l'orgueil qui pousse au crime. V. Schœmann, *Griechische Staats al-*

(1) Lib. II, cap. 11,

terthümer, t. I, p. 471, et Dugit, *Étude sur l'Aréopage athénien*, p. 120.

XXII

§ 1. Οἱ μὲν οὖν ὑπὸ κήρυκος κελεύουσι πωλεῖν, καὶ προκηρύττειν ἐκ πλειόνων ἡμερῶν, οἱ δὲ παρ' ἀρχῇ τινι, καθάπερ καὶ Πιττακὸς παρὰ βασιλεῦσι καὶ πρυτάνει. Ἔνιοι δὲ προγράφειν παρὰ τῇ ἀρχῇ πρὸ ἡμερῶν μὴ ἔλαττον ἢ ἑξήκοντα, καθάπερ Ἀθήνησι, καὶ τὸν πριάμενον ἑκατοστὴν τιθέναι τῆς τιμῆς, ὅπως διαμφισβητῆσάι τε ἐξῇ καὶ διαμαρτύρεσθαι τῷ βουλομένῳ, καὶ ὁ δικαίως ἐωνημένος φανερὸς ᾖ τῷ τέλει. Παρὰ δέ τισι προκηρύττειν κελεύουσι πρὸ τοῦ καταχυρωθῆναι πένθ' ἡμέρας συνεχῶς, εἴ τις ἐνίσταται ἢ ἀντιποιῆται τοῦ κτήματος, ἢ τῆς οἰκίας. Ὡσαύτως δὲ καὶ ἐπὶ τῶν ὑποθέσεων, ὥσπερ καὶ ἐν τοῖς Κυζικηνῶν. Οἱ δὲ Θουριακοὶ τὰ μὲν τοιαῦτα πάντα ἀφαιροῦσιν, οὐδ, ἐν ἀγορᾷ προστάττουσιν ὥσπερ τἆλλα, διδόναι δὲ κελεύουσι κοινῇ τῶν γειτόνων τῶν ἐγγυτάτω τρισὶ νομισμά τι βραχὺ μνήμης ἕνεκα καὶ μαρτυρίας. Ἀναγκαῖον δηλονότι, τοῖς μὲν τὰς ἀρχὰς ὑπευθύνους ποιεῖν, τοῖς δὲ τοὺς γείτονας, ἐὰν μὴ λάβωσιν, ἢ δὶς παρὰ τοῦ αὐτοῦ λάβωσιν, ἢ ἔχοντες μὴ λέγωσι τὸν ὠναμένον (1). Οὐ χρὴ δ'ἀγνοεῖν ὅτι αἱ προγραφαὶ καὶ αἱ προκηρύξεις καὶ ὅλως ὅσα πρὸς τὰς ἀμφισβητήσεις ἐστὶ πάντα τὰ πλεῖστα δι'ἔλλειψιν ἑτέρου νόμου τίθεται· παρ' οἷς γὰρ ἀναγραφὴ τῶν κτημάτων, ἐξ ἐκείνων ἔστι μαθεῖν εἰ ἐλεύθερα καὶ ἀνέπαφα

(1) Edd. Τῶν ὠναμένων.

XXII

Certains législateurs veulent que les ventes soient faites par un crieur public et qu'elles soient criées plusieurs jours à l'avance ; d'autres exigent qu'elles aient lieu par devant un magistrat. Ainsi, Pittacos veut que ce soit par-devant les rois et le prytane. Il y en a qui prescrivent que la vente soit affichée devant le lieu où siége le magistrat, pendant soixante jours au moins, comme à Athènes, et que l'acheteur paye le centième du prix, pour qu'il soit libre à tout venant de réclamer et de contester, et que l'on sache par le payement du prix quel est le juste acquéreur. Ailleurs encore les ventes doivent être criées pendant cinq jours consécutifs avant d'être confirmées, pour laisser aux intéressés le temps d'intervenir et de réclamer la propriété ou la maison, et on observe la même chose pour les dations d'hypothèques. Telles sont les lois de Cyzique. Les Thuriens suppriment toutes ces formalités et ne publient pas les ventes sur la place publique ainsi que les autres actes, mais ils obligent le vendeur et l'acheteur à se réunir pour donner à trois des plus proches voisins une petite pièce de monnaie,

καὶ τὰ αὐτοῦ πωλεῖ δικαίως, εὐθὺς γὰρ καὶ μετέγγραφει ἡ ἀρχὴ τὸν ἐωνημένον.

en mémoire et en témoignage du fait. Il est bien entendu que les magistrats, dans un cas, et les voisins, dans l'autre, doivent être rendus responsables s'ils refusent de recevoir, ou s'ils reçoivent deux fois de la même personne, ou si ayant reçu ils refusent d'indiquer le nom de l'acheteur. Au surplus il ne faut pas oublier que les affiches et les criées et tout ce qui concerne les oppositions, ne sont, la plupart du temps, que des expédients employés pour remédier à l'absence d'une autre loi. En effet partout où est établie l'inscription des propriétés et des contrats, il est facile de savoir par là si les biens sont libres et sans charges, et si le vendeur est réellement propriétaire, puisque le magistrat inscrit immédiatement l'acheteur à la place du vendeur.

§ 2. Ἐπεὶ δὲ καὶ προστασίᾳ (1) τινὲς ὠνοῦνται καὶ πωλοῦσιν, ἀπαλλοτριοῦν ἐθέλοντες, ὀρθῶς ἔχει καὶ πρὸς ταῦτα νομοθετεῖν, ὅπερ καὶ ποιοῦσιν, ἅμα ταῦτα τε βουλόμενοι κωλύειν καὶ τὴν κτῆσιν ἐμφανῆ ποιεῖν, ὥσπερ ἐν τοῖς ἐνίων (2). Κελεύουσι γὰρ, ἐὰν μέν τις οἰκίαν πρίηται, θύειν ἐπὶ τοῦ Ἀπόλλωνος τοῦ Ἐπικωμαίου· ἐὰν δὲ χωρίον, ἐπὶ τῆς κώμης ᾗ αὐτὸς οἰκεῖ, καὶ ὀμνύειν ἐναντίον τῆς ἀρχῆς ἐγγραφούσης καὶ κωμητῶν τριῶν ἢ μὴν ὠνεῖσθαι δικαίως, ὡς μηδὲν συγκα-

§ 2. Comme on se sert quelquefois de prête-noms dans les achats et ventes, lorsqu'on veut aliéner ses biens, il convient de faire aussi des lois sur ce sujet. Il y en a, en effet, chez quelques peuples, qui sont faites pour empêcher cet abus, et en même temps pour assurer la publicité du droit de propriété. D'après ces lois, celui qui achète une maison doit sacrifier sur l'autel d'Apollon qui préside au quartier, celui qui achète un champ doit sacrifier dans le bourg où il habite lui-même et jurer, devant

(1) Edd. προστασίαι.
(2) Valckenaer corr. Αἰνίων.

κουργοῦντα, τὸν αὐτὸν δὲ τρόπον καὶ τὸν πωλοῦντα πωλεῖν ἀδόλως, τὸν δὲ μὴ οἰκοῦντα ἐν ἄστει θύειν τὸν ὅρκον ἐπὶ τοῦ Διὸς τοῦ ἀγοραίου, τὴν δὲ θύσιν τῶν ἐλαττόνων εἶναι θυλήμασιν, ἄνευ δὲ τούτων μὴ ἐγγράφειν τὴν ἀρχήν· ἅμα καὶ ἐν τῷ ὅρκῳ προσορκίζειν αὐτὴν ἐὰν μὴ ὀμνύωσι μηδὲ ἐγγράφειν τὴν ὠνήν. Οὗτοι μὲν δὴ πρὸς ἀμφότερα, μᾶλλον δὲ πρὸς πάντα βούλονται περιφλάχθαι, καθάπερ ἴσως καὶ δεῖ.

le magistrat chargé de l'inscription, et devant trois habitants du bourg, qu'il a acheté justement, sans collusion, ni simulation, ni fraude d'aucune sorte. Le vendeur doit jurer de la même manière qu'il vend sans dol. Celui qui n'habite pas dans la ville doit sacrifier et prêter serment sur l'autel de Jupiter Agoraios. Les pauvres peuvent s'acquitter du sacrifice en offrant des parfums. A défaut de ces formalités le magistrat refuse l'inscription. Aussi, dans le serment qu'il prête doit-il s'engager à ne jamais inscrire une vente sans avoir exigé le serment des parties. Les auteurs de ces lois ont voulu prendre des précautions contre les parties contractantes, ou plutôt contre tout le monde, et c'est peut-être ce qu'il faut toujours faire.

§ 3. Κυρία δὲ ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτῆσιν ὅταν ἡ τιμὴ δοθῇ καὶ τὰ ἐκ τῶν νόμων ποιήσωσιν, οἷον ἀναγραφὴν, ἢ ὅρκον, ἢ τοῖς γείτοσι τὸ γιγνόμενον, εἰς δὲ τὴν παράδοσιν καὶ εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν ὅταν ἀρραβῶνα λάβῃ, σχεδὸν γὰρ οὕτως οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν. Ἀλλὰ τοῦτο προσδιοριστέον ἐὰν μὴ παρὰ μεθύοντος, μηδὲ ἐξ ὀργῆς, μηδὲ φιλονεικίας, μηδὲ παρανοοῦντος (1) ἀλλὰ φρονοῦντος, καὶ τὸ ὅλον δικαίως, ὅπερ κἀκεῖ προσθετέον ὅταν ἀφορίζῃ παρ' ὧν δεῖ ὠνεῖσθαι. Τάττουσι δέ τινες καὶ τὸν ἀρραβῶνα πόσον δεῖ διδόναι, πρὸς τὸ

§ 3. Le contrat d'achat et de vente est parfait en ce qui concerne la translation de la propriété quand le prix est payé et que les formalités légales sont remplies, telles que l'inscription, ou le serment, ou l'appel aux voisins. En ce qui concerne l'obligation de livrer, et la vente en elle-même, le contrat est parfait dès que le vendeur a reçu les arrhes. C'est en effet ce que portent la plupart des lois. Toutefois il faut ajouter une restriction. On suppose en effet que le vendeur n'était ni dans l'ivresse, ni égaré par la colère ou la jalousie, ni en dé-

(1) Edd. παρανομοῦντος.

πλῆθος τῆς τιμῆς μερίζοντες· ἄτοπον γὰρ ἐὰν δακτυλίον δῷ τῶν δέκα ταλάντων. Ἔοικε (1) γὰρ ἐκ καιροῦ τὰ τοιαῦτα καὶ πάθους γίγνεσθαι. δεῖ δ' ἐκ προαιρέσεως· οὕτω γὰρ ἔσται τὸ δίκαιον. Ἐὰν δὲ λαβὼν ἀρραβῶνα μὴ δέχηται τὴν τιμήν, ἢ δοὺς μὴ καταβάλῃ ἐν τῷ ὡρισμένῳ χρόνῳ (δεῖ γὰρ ὡρίσθαι, καθάπερ ἐν τοῖς Θουρίων, τὸν μὲν ἀρραβῶνα παραχρῆμα, τὴν δὲ τιμὴν αὐθημερόν· οἱ δὲ καὶ πλείους ἡμέρας τίθενται τῆς τιμῆς, οἱ δ' ἁπλῶς ὅσας ἂν ὁμολογήσωσι) τὸ δ' ἐπιτίμιον ἑκατέρῳ πότερον τῷ μὲν στερήσις τοῦ ἀρραβῶνος (οὕτω γὰρ σχεδὸν οἱ τ' ἄλλοι κελεύουσι καὶ οἱ Θουριακοί), τῷ δὲ μὴ δεχομένῳ ἕκτισις ὅσου ἂν ἀποδῶται; καὶ γὰρ τοῦτο ἐν τοῖς Θουρίων ἡ ἄνισος ζημία, πολλαπλασία γὰρ ἡ τιμὴ τοῦ ἀρραβῶνος. Ἔτι δὲ καὶ βλάπτοιτ' ἂν ὁ ἀποδόμενος ἀφεὶς ἑκατέρον (2), ἐπειδή τις ἐφ' ἡμέραν μίαν ὁρίσειεν· οὕτω γὰρ μάλιστ' ἐνδέχεται. Παρ' ἐνίοις δὲ δικάσασθαι (3) κελεύουσι τῷ μὴ δεχομένῳ τὴν τιμήν. Πότερον δὲ ἕως ἂν κομίσηται κύριον εἶναι τοῦ κτήματος; οὕτω γὰρ οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν, ἢ ὥσπερ Χαρώνδας καὶ Πλάτων; οὗτοι γὰρ παραχρῆμα κελεύουσι διδόναι καὶ λαμβάνειν· ἐὰν δέ τις πιστεύσῃ μὴ εἶναι δίκην, αὐτὸν γὰρ αἴτιον εἶναι τῆς ἀδικίας.

(Stobée, *Serm.* XLII, περὶ νόμων καὶ ἐθῶν, avec cette rubrique ἐκ τῶν Θεοφράστου.)

(1) Wimmer conj. Εἴωθε.

(2) Edd. ἑκατέρους.

(3) Edd. ἐνδέχεται παρ' ἐνίοις δεδικάσθαι κελεύουσι.

mence, mais dans la plénitude de sa raison, en un mot que la vente est juste. Toutes ces conditions doivent encore être rappelées par la loi lorsqu'elle définit quelles sont les personnes desquelles on peut acheter. Quelques-uns fixent le taux des arrhes qui doivent consister dans une certaine fraction du prix total. Il serait absurde en effet qu'un simple anneau pût servir d'arrhes pour dix talents. Il convient sans doute qu'en pareil cas les parties prennent conseil des circonstances et de leur disposition personnelle, mais il faut aussi qu'il y ait quelque chose de réglé à l'avance. Cette règle sera le droit. Si le vendeur, après avoir reçu les arrhes, refuse de recevoir le prix, ou si l'acheteur, après avoir donné les arrhes, ne paye pas dans le temps déterminé (il faut en effet que le temps pendant lequel le prix peut être payé soit déterminé à l'avance; ainsi, dans la loi des Thuriens, les arrhes se donnent sur le champ, et le prix doit être payé dans la même journée; d'autres donnent plusieurs jours pour le payement du prix; d'autres enfin s'en remettent, sur ce point, aux conventions des parties), quelle sera en ce cas la peine encourue par chacun d'eux? Faudra-t-il condamner l'acheteur à perdre les arrhes? C'est ce que décident presque toutes les lois, et notamment celles des Thuriens. Et celui qui re-

fuse de recevoir le prix devra-t-il payer une somme égale à la totalité du prix stipulé? C'est encore ce que décide la loi des Thuriens, et la peine est inégale puisque les arrhes ne sont qu'une fraction du prix. Il y a même des cas où la peine du vendeur peut être plus forte encore, et où il perdra à la fois les arrhes et le prix, c'est celui où le prix a été stipulé payable le jour même. C'est en effet une disposition qui se trouve dans la plupart des lois. Chez certains peuples, au contraire, on donne une action contre le vendeur qui refuse de recevoir le prix. Doit-on dire que jusqu'au payement du prix le vendeur reste propriétaire de la chose vendue ? C'est en ce sens que la plupart des législateurs tranchent la question. Ou bien faut-il suivre l'exemple de Charondas et de Platon ? L'un et l'autre enjoignent à l'acheteur de payer et au vendeur de recevoir sur-le-champ. Celui qui fait crédit n'a pas d'action, car il ne peut s'en prendre qu'à lui-même s'il lui est fait tort.

Ce fragment est très-corrompu et très-difficile. Nous croyons être arrivé, grâce à quelques corrections qui paraissent plausibles, à en donner une interprétation satisfaisante.

Théophraste n'y parle pas seulement des lois d'Athènes. Il analyse et compare les lois de Cyzique (dans le Pont) et les lois données par Pittacos à Mitylène (dans l'île de Lesbos), par Zaleucus aux Locriens, par Charon-

das aux Thuriens (dans la Grande-Grèce). Il cite également les lois de Platon (livre XI, p. 915). On ne saurait contester la valeur de son témoignage en ce qui concerne les lois de Pittacos, car il était né à Érèse (dans l'île de Lesbos).

Il paraît que Théophraste, dans son ouvrage, avait fait un grand usage des lois de Zaleucus. Il suivait, en cela, l'exemple de son maître Aristote. Il fut critiqué à ce sujet par Timée, qui prétendait que Zaleucus n'avait jamais existé. (V. Polybe, *Hist.*, lib. XIII, fragm. XI, *a*; Cic., *Ep. ad Attic.*, VI, 1, 14; Cic., *De legibus*, II, 6.)

Le premier paragraphe de notre texte énumère les formalités prescrites par les lois grecques pour assurer la publicité de la vente. Ces mesures, inconnues au droit romain (1), sont analogues à celles que nous employons aujourd'hui. L'ἀναγραφή rappelle la transcription. Toutefois il y avait, ce semble, cette différence que, dans notre droit français, la transcription n'est nécessaire qu'à l'égard des tiers, tandis qu'en droit grec les formalités légales étaient considérées comme essentielles au contrat, et la propriété n'était transférée, même entre les parties, qu'après leur accomplissement. V. au surplus, Hermann, *Griechische Privatalterthümer*, § 65, Heidelberg, 1852; Caillemer, *Du crédit foncier à Athènes*, 1866; Büchsenschütz, *Besitz und Erwerb im griechischen Alterthume*, Halle, 1869, p. 524.

Φανερὸς ᾗ τῷ τέλει. M. Caillemer, p. 8, entend ces mots en ce sens que le but de la loi aurait été d'empêcher

(1) V. cependant une Constitution de Constantin de l'an 313 (*Vaticana fragmenta*, § 35) où on lit: «Neminem debere ad vendi-« tionem rei cujus libet affectare et accedere nisi eo tempore « quo inter venditorem et emptorem contractus solenniter « explicatur, certa et vera proprietas vicinis præsentibus demons-« tretur. »

le propriétaire de soustraire ces biens à l'impôt. Il nous semble que c'est l'inverse, et que le législateur n'a établi l'impôt que pour rendre la propriété certaine à l'égard de tous.

Ἀναγκαῖον. Heyne paraît s'être entièrement mépris sur le sens de cette phrase. Voici sa traduction : « Ita « necesse erat ut vicini illi tenerentur ipsi, si res empta « non esset tradita, aut jam tradita tanquam non tradita « peteretur, aut ab eo cui tradita esset accepta esse nega- « retur. »

Le second paragraphe traite des mesures prises par certaines lois pour assurer la sincérité des ventes et empêcher les débiteurs de soustraire leurs biens à l'action de leurs créanciers, en les mettant sous le nom d'amis complaisants. A cet effet, on faisait prêter serment au vendeur et à l'acheteur. Nous ne trouvons rien de semblable en droit romain. V. les auteurs cités, au sujet du paragraphe précédent.

Le troisième paragraphe est très important, car il contient sur les arrhes une théorie très-complète, qui peut même servir à l'interprétation des textes du droit romain.

Les arrhes, dans presque toutes les lois grecques, sont un gage donné par l'acheteur au vendeur (1), et, par suite, le signe de la perfection du contrat; elles ne peuvent précéder le contrat que lorsque celui-ci est lui-même précédé d'une convention antérieure à laquelle les arrhes peuvent se rattacher.

Mais cet effet des arrhes n'est pas le seul. Presque toujours, par l'effet, soit d'une convention des parties, soit même de la loi municipale, les arrhes sont la peine d'un dédit, dont les parties se réservent la faculté. Si les par-

(1) V. *Etymol. magn.* v° Ἀῤῥαβών.

ties exercent ce droit, le contrat qui était parfait se trouve rétroactivement effacé comme par l'effet d'une condition résolutoire.

Comment cette faculté de dédit se conciliait-elle avec l'exercice des actions résultant du contrat? C'est ce que nous apprend notre texte. La faculté de dédit ne pouvait s'exercer que pendant un certain temps. Ce temps, ordinairement très-court, était déterminé, soit par la convention, soit par la loi municipale, sans pouvoir dépasser le payement du prix. Ce temps expiré, les parties rentraient dans leurs droits et pouvaient exercer toutes les actions naissant du contrat. Ainsi le vendeur pouvait exiger le prix, et l'acheteur pouvait demander la livraison.

Dans certaines lois, la faculté de dédit n'existait qu'au profit de l'acheteur, et le vendeur pouvait toujours être forcé de recevoir le prix.

Ces usages peuvent servir à expliquer un texte obscur du droit romain.

Chez les Romains, l'usage des arrhes fut d'abord peu répandu. Elles étaient inutiles dans une législation qui n'admettait la translation de la propriété que par certains modes solennels. Plus tard, la mancipation fut réservée pour les *res mancipi*, la simple tradition devint de plus en plus fréquente, et les Romains se servirent des arrhes de la même manière que les Grecs. A Rome comme à Athènes, l'acheteur remettait son anneau en signe de la perfection du contrat (1), ou donnait une certaine somme

(1) Voici quelques textes: Ulpien, l. 5, § 15, D. *De institoria actione*, XIV, 3; « Si institor, quum oleum vendidisset, annulum « arrhæ nomine acceperit. » — Id., l. 11, § 6, D. *De actionibus empti*, XIX, 1 : « Si annulus datus sit arrhæ nomine, et secuta « emtione pretioque numerato et tradita re annulus non reddatur.—Id, l. 17, § 5, *De præscriptis verbis*, XIX, 5 : « Si quis sponsio- « nis causa annulos acceperit. » —Plin. *Hist. nat.;* XXXIII, 6 : « Ar-

d'argent avec faculté de dédit dans un certain délai (1).

Ce droit se perpétua jusqu'à Justinien, qui y changea seulement deux choses (2) :

1° Justinien décida que, dans les contrats de vente où il y aurait nécessité d'un acte public, quoique, à la rigueur, le contrat ne devînt parfait qu'au moment de la perfection de l'acte écrit, cependant les arrhes pourraient accompagner la convention verbale antérieure. Ainsi, désormais, les arrhes pourront précéder le contrat.

2° Même en l'absence de toute convention, les arrhes emporteront toujours faculté de dédit pour les deux parties.

Jusqu'à quand cette faculté de dédit pourra-t-elle s'exercer? Justinien ne le dit pas, mais le texte de Théophraste peut nous servir à combler cette lacune. Il est évident, en effet, que Justinien n'a fait qu'ériger l'usage en loi. Il a donc laissé à la faculté de dédit sa durée habituelle, c'est-à-dire un temps très-court fixé par la convention des parties ou par l'usage, et ne pouvant pas dépasser le terme fixé pour le payement du prix.

« gumento est consuetudo vulgi, ad sponsiones etiamnum annulo « exsiliente, tracta ab eo tempore quo nondum erat arrha ve- « locior. »

(1) De nombreux textes prouvent qu'en droit romain, même avant Justinien, les arrhes étaient usitées comme dédit, avec fixation d'un délai. Scævola, l. 8, D. *De lege commissoria*, XVIII, 3 : « Mulier fundos Caio Seio vendidit et acceptis arrhæ nomine cer- « tis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquæ pecuniæ, « quibus si non paruisset emptor pactus est ut arrham perde- « ret et inemptæ villæ essent. » — Rescrit de Caracalla (an 216), l. 1, Code, *de pactis inter emptorem et venditorem*, IV, 54 : « Si ea « lege prædium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium « fuisset exsolutum, emptrix arrhas perderet, et dominium ad te « pertineret, fides contractus servanda est. »

(2) Justin. Constit. 17, Code *De fide instrumentorum*, IV, 21. — Instit., II, 23 *De emptione et venditione*, pr.

Ainsi s'explique d'une manière satisfaisante un texte qui a fort tourmenté les interprètes, et dont, au surplus, l'interprétation ne pouvait être que conjecturale, en l'absence des renseignements fournis par Théophraste (1).

Une autre conséquence résulte de ce texte de Théophraste, c'est qu'à Athènes, comme chez nous aujourd'hui, la propriété était transférée par l'effet des obligations, c'est-à-dire par le seul consentement des parties, sans qu'il fût besoin de tradition. Si la propriété ne passait à l'acheteur qu'au moment du payement du prix, c'était en vertu d'une convention tacite par laquelle le vendeur se réservait la propriété jusqu'au payement.

On est généralement trop porté à supposer le droit grec semblable au droit romain. Si les Grecs avaient eu quelque institution analogue à la *mancipatio*, à la *cessio in jure*, si la tradition avait été chez eux autre chose qu'une livraison pure et simple, nous trouverions certainement, ne fût-ce que dans le langage, quelque trace de cette idée. Or, nous n'en trouvons aucune, ou plutôt c'est toujours l'idée contraire que nous voyons exprimée. Aristote, qui connaissait bien les lois athéniennes et n'ignorait pas la valeur des termes de droit, s'exprime ainsi dans un passage de sa rhétorique : « Par aliénation, j'entends la donation et la vente » (2).

L'insistance même avec laquelle les jurisconsultes romains posent la célèbre règle : *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*, suffirait au besoin pour suggérer cette pensée que la règle dont il s'agit était contraire au droit des gens. Et

(1) V. Pothier, *Traité de la vente*, nos 497 et suiv. — Boissonnade, *De l'effet des arrhes dans la vente sous Justinien*. Revue historique, 1866, p. 136-148.

(2) Arist. *Rhet.*, I, 5 : λέγω δὲ ἀπαλλοτρίωσιν δόσιν καὶ πρᾶσιν.

ce fut, sans doute, une réaction du droit des gens qui amena une dérogation à la règle, d'abord pour les hypothèques (l'hypothèque n'était-elle pas grecque d'origine?) et ensuite pour les servitudes, lorsqu'on admit que les unes et les autres pouvaient être constituées *pactis et stipulationibus* (1).

XXIII.

Ὑπερίδης ἐν τῷ κατ' Ἀθηνογένους ά· « ὁ μὲν τοίνυν νόμος κελεύει ἀψευδεῖν ἐν τῇ ἀγορᾷ. » Ἔοικεν ὁ νόμος περὶ τῶν ὠνίων κεῖσθαι· Θεόφραστος γοῦν ἐν τοῖς περὶ νόμων φησὶ δυοῖν τούτων ἐπιμελεῖσθαι δεῖν τοὺς Ἀγορανόμους, τῆς τε ἐν τῇ ἀγορᾷ εὐκοσμίας καὶ τοῦ ἀψευδεῖν μὴ μόνον τοὺς πιπράσκοντας ἀλλὰ καὶ τοὺς ὠνούμενους.

(Harpocration lex. v° κατὰ τὴν ἀγορὰν ἀψευδεῖν, Suidas, Photius.)

XXIII.

Hypéride, dans le premier discours contre Athénogène, dit : « La loi ordonne de s'abstenir de tout mensonge sur le marché. » Cette loi paraît concerner la vente des denrées. Théophraste, dans ses livres sur les lois, dit que les Agoranomes doivent veiller à deux choses, à la bonne tenue du marché, et à ce qu'il n'y ait aucune tromperie ni de la part des vendeurs, ni de la part des acheteurs.

XXIV.

Οἱ δικαζόμενοι περὶ χωρίων ἢ οἰκιῶν πρὸς τοὺς ἔχοντας οὐσίας ἐδικάζοντο τὴν δεύτεραν δίκην· ἡ δὲ προτέρα ἦν τῶν μὲν οἰκιῶν ἐνοικίου, τῶν δὲ χωρίων καρποῦ, τρίτη δὲ ἐπὶ τούτοις ἐξούλης. Καὶ ἐξῆν τοῖς ἁλοῦσι κρατεῖν τῶν κτημάτων καὶ εἰ τὴν δίκην τὴν τοῦ καρποῦ ἢ τοῦ ἐνοικίου καὶ εἰ τὴν δεύτεραν ἡττηθεῖεν τῆς οὐσίας· εἰ δὲ καὶ ἐξούλης ἁλοῖεν, οὐκέτι ἐξῆν ἐπικρατεῖν, ἀλλ' ἐξίστασθαι ἔδει ἤδη τῶν κτημάτων τοῖς καταδικασαμένοις. Ταῦτα δὲ ἔστι μὲν καὶ παρ' ἄλλοις ῥήτορσιν, ἀκριβέστατα δὲ εἴρηται Ἰσαίῳ ἐν τε τῷ πρὸς Τιμω-

XXIV.

Ceux qui revendiquaient des terres ou des maisons contre les possesseurs, n'employaient qu'en second lieu l'action οὐσίας. Ils agissaient d'abord par l'action ἐνοικίου pour les maisons, et par l'action καρποῦ pour les terres. En troisième et dernier lieu venait l'action ἐξούλης. Le défendeur ayant perdu son procès pouvait rester en possesion de la chose, soit après l'action καρποῦ ou ἐνοικίου, soit après la seconde action (οὐσίας). Mais s'il

(1) Gaius, II, 31.

νίδην περὶ χωρίου καὶ ἐν τῷ πρὸς Δωρόθεον ἐξούλης. Διείλεκται δὲ περὶ τῆς δίκης καὶ Θεόφραστος ἐν ιη' περὶ νόμων.

(Harpocration, *Lex.* v° Οὐσίας δίκη.)

succombait par l'action ἐξούλης, il ne pouvait plus garder la possession de la chose, et il était contraint de déguerpir. Ces principes sont fréquemment rappelés par les orateurs, mais celui qui les a exposés avec le plus d'exactitude est Isée, dans son discours contre Timonide au sujet d'un champ, et dans son discours contre Dorothée au sujet d'une action ἐξούλης. Théophraste a aussi parlé de cette action dans le XVIIIe livre de son *Traité des lois*.

Ce texte est très-important, car il contient à peu près tout ce que nous savons sur les actions réelles dans le droit athénien. Le demandeur intentait d'abord une action en restitution des fruits indûment perçus, s'il s'agissait d'un fond de terre, ou de la valeur de l'indue jouissance s'il s'agissait d'une maison. C'était là évidemment une action purement personnelle. Pourquoi cette action devait-elle être intentée la première? On peut en donner la raison que voici : Sans doute, pour la revendication des fruits, comme pour la revendication du fonds, le demandeur était tenu de prouver son droit de propriété; mais, en se bornant à demander les fruits, il s'exposait à de moins grands risques. En effet, le droit attique imposait au plaideur téméraire une peine proportionnelle à la valeur de la chose demandée. D'autre part la décision rendue sur la propriété des fruits préjugeait infailliblement la question de la propriété du fond. Dès lors, si le demandeur succombait sur la question des fruits, il pouvait renoncer à aller plus loin. S'il gagnait, au contraire, son procès sur cette question, il pouvait s'engager

à coup sûr dans la question de propriété du fond, et souvent même il n'avait pas besoin de continuer la lutte, car le défendeur découragé devait offrir une transaction.

L'action réelle proprement dite, l'action relative à la propriété du fond, n'arrivait donc qu'en seconde ligne, et devait se présenter rarement. L'objet seul était changé, la preuve à faire était la même et portait sur le droit de propriété.

Notre texte explique très-bien que l'action relative aux fruits comme l'action relative au fond aboutissaient à une condamnation purement pécuniaire, comme à Rome dans la *formula arbitraria*. Le défendeur condamné avait le choix, ou de restituer l'objet en nature, ou de payer la somme fixée par les juges, mais il ne pouvait être contraint à restituer en nature.

Cette dernière obligation ne naissait pour lui que dans le cas où il ne payait pas la somme à laquelle il était condamné. Dans ce cas, le demandeur intentait contre lui une troisième action, dont le nom rappelle celui de *réintégrande*, et par laquelle il contraignait cette fois son adversaire à déguerpir.

Quel était le rôle de la possession dans cette procédure, et comment se faisait la preuve du droit de propriété, c'est que notre texte ne nous apprend pas. Il faut bien se garder de se laisser entraîner ici par des analogies tirées du droit romain. Voici ce qui nous paraît le plus probable : l'action en revendication était dirigée contre le possesseur; la raison l'indique, et d'ailleurs notre texte le dit. Seulement la possession ne paraît pas avoir conféré de grands avantages, car le possesseur évincé devait restituer les fruits, et, d'autre part, ainsi qu'on va le voir, la preuve était également à la charge

des deux parties. Aussi, les Athéniens ne paraissent pas avoir eu rien d'analogue aux interdits du droit romain, ni à nos actions possessoires. La procédure commençait par une voie de fait. Le demandeur, accompagné de témoins, cherchait à se mettre en possession. Le défendeur s'y opposait ou se laissait faire, et la lutte ainsi engagée était portée devant le juge. C'est ce que les Athéniens appelaient ἐξάγειν ou ἐμβατεύειν. Quant à la preuve, elle paraît avoir été également à la charge des deux parties. Le demandeur faisait valoir ses titres et la possession qu'il pouvait avoir eue. Le défendeur invoquait d'autres titres et d'autres faits de possession, et la propriété était adjugée à celui des deux qui faisait la meilleure preuve (1). La possession ancienne était considérée comme équivalant à un titre, mais sans que la durée en fût déterminée par la loi. C'était au juge qu'il appartenait d'apprécier si la possession invoquée avait duré assez longtemps pour valoir titre. En d'autres termes, les Athéniens ne connaissaient pas l'usucapion (2), mais c'est à leur droit que les Romains ont emprunté la *longi temporis præscriptio*, qu'ils ont transformée en la mêlant avec l'usucapion (3). Par suite, les questions de bonne ou de

(1) A peu près comme pour la *gewere* du droit germanique.

(2) Je me sépare ici des idées émises par M. Caillemer : Études sur les antiquités juridiques d'Athènes, la Prescription (1869).

(3) L'usucapion était une création du droit civil romain. Gaius, II, 46 : « Item provincialia prædia usucapionem non recipiunt. » — Id. 40 : « Apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut aut dominus quisque sit aut dominus non intelligatur. » — Quant à la *longi temporis præscriptio*, son nom même indique : 1° qu'elle n'était originairement qu'un moyen de défense ; 2° que la durée n'en était pas déterminée. — Sa durée fut déterminée par des constitutions impériales, « tempora constitutionibus statuta, » dit Paul, l. 76, § 1, D. *De contrahenda emptione*, XVIII, 1. — Ce furent encore des constitutions impé-

mauvaise foi, qui se présentent si souvent chez les jurisconsultes romains, sont absolument étrangères au droit attique, et nous n'en trouvons aucune trace, même en ce qui concerne l'acquisition des fruits.

Une dernière question est celle de savoir si les actions réelles s'éteignaient par la prescription. Il n'y a pas de raison pour en douter. La règle générale du droit attique était que toutes les actions se prescrivaient par cinq ans, et nous savons par un texte d'Isée (1) que cette prescription s'appliquait à la pétition d'hérédité. Seulement, la difficulté est de savoir à quel moment l'action était née et la prescription pouvait commencer à courir, et encore quand la prescription était suspendue. Nos textes ne donnent sur ce point aucun éclaircissement, et on se trouve réduit aux conjectures.

Il existe, il est vrai, un papyrus grec, du Musée de Turin, qui contient tout un procès de revendication plaidé en Égypte sous les Ptolémées (2). La prescription y est invoquée, ainsi que la longue possession, en des termes qui peuvent conduire à penser qu'il y avait des règles fixes, sinon sur la durée, du moins sur la suspension et l'interruption de cette dernière; mais il résulte de ce texte même que les Ptolémées avaient fait des édits sur cette matière. Nous ne pouvons donc en tirer aucune induction pour ce qui concerne le pur droit hellénique.

riales qui l'étendirent aux meubles, l, 9, D. *De diversis tempor. præscript.*, XLIV, 8. — Elle supposait, il est vrai, un *justum initium possessionis*, mais il est probable que les Grecs abandonnaient ce point comme les autres à l'appréciation du juge. Ce sont les Romains sans doute qui ont introduit en cette matière leurs subtiles théories du juste titre et de la bonne foi.

(1) Isée, de Pyrrhi hereditate, § 58.

(2) Voir ce texte, avec la traduction et le commentaire du savant Amédée Peyron, dans les Mémoires de l'Académie de Turin 1826.

XXV.

Ὡς Θεοφραστος ἱστόρηκε καὶ τῆς ἀργίας νόμον οὐ Σόλων ἔθηκε ἀλλὰ Πεισίστρατος ᾧ τήν τε χώραν ἐνεργεστέραν καὶ τὴν πόλιν ἠρεμαιοτέραν ἐποίησεν.

(Plut. *Solo.*)

XXV.

Suivant ce que dit Théophraste, ce ne fut pas Solon, ce fut Pisistrate qui porta la loi contre l'oisiveté, loi qui rendit le pays plus fertile et la ville plus paisible.

Démosthène cite cette loi contre l'oisiveté dans le discours contre Eubulide, § 32.

XXVI.

Ἀποβάτης, καὶ ἀποβαίνειν, καὶ ἀποβατικοὶ τροχοί. Δείναρχος κατὰ Φορμισίου καὶ ἐν τῇ πρὸς Ἀντιφάνην ἀπολογίᾳ, Λυκοῦργος τε ἐν τῇ πρὸς Δημάδην ἀπολογίᾳ. Ὁ ἀποβάτης ἱππικόν τι ἀγώνισμα, καὶ ἀποβῆναι τὸ ἀγωνίσασθαι τὸν ἀποβάτην, καὶ ἀποβατικοὶ τροχοὶ οἱ ἀπὸ τούτου τοῦ ἀγωνίσματος. Τὰ δ' ἐν αὐτῷ γινόμενα δηλοῖ Θεόφραστος ἐν τῷ κ' τῶν νόμων. Χρῶνται δὲ, φησί, τούτῳ μόνοι τῶν Ἑλλήνων Ἀθηναῖοι καὶ Βοιωτοί.

(Harpocration, *Lex.*)

XXVI.

Apobate, courses apobatiques. Dinarque contre Phormisios, et dans l'apologie contre Antiphanès, et Lycurgue dans l'apologie contre Démade. L'apobate est une sorte de lutte équestre. Le verbe ἀποβῆναι veut dire se livrer à cette lutte, et de là viennent les courses apobatiques. Théophraste dans le xxe livre des *Lois* décrit ce qui s'y passe. Il dit que les Athéniens et les Béotiens sont les seuls d'entre les Grecs chez lesquels cette lutte soit en usage.

XXVII.

Παρασκήνια. Δημοσθένης ἐν τῷ κατὰ Μειδίου. Ἔοικε παρασκήνια καλεῖσθαι, ὡς καὶ Θεόφραστος ἐν κ' νόμων ὑποσημαίνει, ὁ παρὰ τὴν σκηνὴν ἀποδεδείγμενος τόπος ταῖς εἰς τὸν ἀγῶνα παρασκευαῖς. Ὁ δὲ Δίδυμος τὰς ἑκατέρωθεν τῆς ὀρχήστρας εἰσόδους οὕτω φησὶ καλεῖσθαι.

(Harpocration, *Lex.*)

XXVII.

Parascénia. Démosthène dans le discours contre Midias. Le nom de *parascénia* paraît s'être appliqué, d'après ce que dit Théophraste dans le xxe livre des *Lois* à l'emplacement voisin de la scène désigné pour les répétitions. Didyme, au contraire, dit qu'on appelait ainsi les entrées situées à droite et à gauche de l'orchestre.

Après avoir traité des actions publiques et des actions privées, Théophraste parlait des fêtes nationales, des jeux publics et du théâtre. C'était là, du moins, le sujet du vingtième livre, ainsi que nous le voyons par les deux fragments qui précèdent.

Les courses apobatiques étaient sans doute des exercices de voltige, dans lesquels les jeunes gens sautaient à terre et remontaient à cheval tout en courant.

Le passage cité du discours de Démosthène contre Midias est le § 17, où on lit : τὰ παρασκήνια φράττων.

XXVIII.

Νόμος καὶ οὗτος Μασσαλιώτικος γυναῖκας μὴ ὁμιλεῖν οἴνῳ, ἀλλ'ὑδροποτεῖν πᾶσαν γυναικῶν ἡλικίαν. Λέγει δὲ Θεόφραστος καὶ παρὰ Μιλησίοις τὸν νόμον τούτον ἰσχύειν καὶ πείθεσθαι αὐτῷ τὰς Ιάδας τὰς Μιλησίων γυναῖκας.

(Elien, *Var. Hist.*, II, 38 ; et Athénée, *Deipnosoph.*, lib. X.)

XXVIII.

Voici encore une loi de Marseille. Les femmes ne doivent pas goûter de vin. Toute autre boisson que l'eau est interdite au sexe féminin. Théophraste dit que la même loi est en vigueur à Milet, et que les femmes ioniennes, épouses des Milésiens, y obéissent.

XXIX.

Τὸ γοῦν ἀνθρωποθυτεῖν φησιν ὁ Θεόφραστος ἐν τῷ περὶ Τυρσηνῶν παύσασθαι αὐτοὺς Γέλωνος προστάξαντος.

(Schol. in Pind. *Pyth.*, II, 3. Ed. Bœckh, t. II, p. 312.)

XXIX.

Théophraste, dans son livre sur les Tyrséniens, dit qu'ils s'abstinrent de sacrifices humains sur l'ordre de Gélon.

Diogène de Laerte, dans le catalogue des œuvres de Théophraste, ne mentionne pas ce livre sur les Tyrséniens. C'était probablement un livre du *Traité des Lois*.

XXX.

Ἦν δὲ καὶ κατὰ πόλεις οὐκ ἄγνωστον ἡμῶν πάλαι τὸ ἔθνος, καὶ πολλὰ τῶν ἐθῶν εἴς τινας ἤδη διαπεφοιτήκει καὶ ζήλου παρ'ἐνίοις ἠξιοῦτο. Δηλοῖ δὲ ὁ Θεόφραστος ἐν τοῖς περὶ νόμων.

XXX.

Notre nation n'était pas inconnue autrefois chez les autres peuples. Plusieurs de nos usages s'étaient déjà introduits chez quelques uns, et pa-

Λέγει γὰρ ὅτι κωλύουσιν οἱ Τυρίων νόμοι ξενικοὺς ὅρκους ὀμνύειν· ἐν οἷς μετά τινων ἄλλων καὶ τὸν καλούμενον ὅρκον κορβὰν καταριθμεῖ. παρ'οὐδένι δ'ἂν οὗτος εὑρεθείη πλὴν μόνοις Ἰουδαίοις. Δηλοῖ δ'ὡς ἂν εἴποι τις ἐκ τῆς Ἑβραΐων μεθερμηνευόμενος διαλέκτου δῶρον θεοῦ.

(Joseph. contra Apionem, I, 22.)

raissaient parfois dignes d'être imités. C'est ce que fait voir Théophraste dans ses livres sur les lois. Il dit, en effet, que les lois des Tyriens défendent de jurer des serments étrangers. Il cite plusieurs exemples de ces serments, et notamment celui qu'on appelle *Corban*. Or ce serment ne se rencontre pas ailleurs que chez les Juifs. C'est un mot de la langue hébraïque qu'on peut traduire par ceux-ci : *présent de Dieu*.

Ces trois derniers fragments, dont il serait difficile de déterminer la place, montrent bien la méthode suivie par Théophraste. Son livre n'était pas un simple commentaire, c'était un ouvrage philosophique consacré à l'étude et à la comparaison de toutes les législations connues, en un mot, un véritable *Esprit des lois*.

R. DARESTE.

DOCUMENT INÉDIT

RELATIF A L'HISTOIRE DE LA TUTELLE TESTAMENTAIRE.

Le registre G. 1155 des archives départementales de l'Aube a pour couverture un bail passé sous le sceau de l'officialité de Troyes dans la première moitié du XIVe siècle. Jacques d'Amilly, chanoine de Saint-Étienne de Troyes, agissant comme tuteur des cinq enfants de défunts Jacquemard de la Chambre, bourgeois de Troyes, et Aélipde, femme de ce dernier, donne à loyer à Girard le Monnoyer une maison sise à Troyes dans la Draperie. Ce bail présente par lui-même un intérêt médiocre, et je n'en parlerais pas, si le notaire qui l'a rédigé n'avait cru à propos d'y insérer une autre pièce qui m'a semblé digne d'attirer l'attention. Cette pièce est une sentence de l'officialité de Troyes, datée du mardi avant la Saint-Philippe (30 avril) 1314. Elle nous apprend qu'Aélipde, femme de Jacquemard de la Chambre, restée veuve et sur le point de suivre son mari dans la tombe, avait par son testament donné trois tuteurs à ses enfants. Cette pièce a pour objet de confirmer cette désignation de tuteurs et de la rendre exécutoire.

Les historiens du droit français ont été jusqu'à présent obligés de descendre jusqu'au XVIe siècle, pour constater l'usage de la tutelle testamentaire dans le nord de la France.

En droit romain, la tutelle testamentaire remonte aux temps les plus anciens. Tout le monde connaît cette vieille maxime de la loi des Douze Tables, qu'Ulpien nous a conservée : *Uti legassit super pecunia tutelave*

suæ rei, *ita jus esto* (1). Gaius (*ad edictum provinciale*, lib. XII) nous rappelle aussi cette règle antique dans un fragment qui a été admis au Digeste (2), et qui, de cette manière, est parvenu jusqu'à nous. Comme Ulpien, il attribue l'origine de ce principe à la loi des Douze-Tables. Mais c'est au père seul que la législation primitive des Romains reconnaissait le droit de nommer un tuteur à ses enfants. Dans cette législation, à défaut de tuteur nommé par le père, la tutelle passait aux agnats. Une législation postérieure reconnut à la mère un droit analogue à celui du père; elle exigea seulement une précaution de plus : le tuteur nommé par la mère ne pouvait entrer en fonctions qu'après avoir obtenu la confirmation du magistrat, et cette confirmation n'était accordée qu'après enquête (3).

Dans le midi de la France, cette législation ne cessa pas d'être en vigueur (4); mais elle était contraire aux principes constitutifs de la famille germanique. Le père, chez les Romains, était maître absolu, et son règne se prolongeait au delà de sa vie : *uti legassit super familia tutelave suæ rei, ita jus esto.* Chez les Germains, c'était tout le contraire : *hæredes successoresque unicuique sui liberi et nullum testamentum*, dit Tacite. La loi Salique ne parle pas encore de dispositions testamentaires (5).

Peu à peu cependant, par l'influence du clergé, l'usage de disposer des biens par testament s'établit dans une certaine mesure parmi les conquérants de la Gaule;

(1) *Liber Regularum*, XI, 14.

(2) Dig. lib. XXVI, tit. 2, l. 1.

(3) Neratius, *Regulæ juris* (Dig. lib. XXI, t. 3, l. 2).

(4) Schæffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, III, 226-227; Argou, *Institution au droit français*, chap. VIII.

(5) Voy. Warnkœnig, *Franzœsische Staats und Rechtsgeschichte*, I, 443.

et quand les lois personnelles firent place au droit coutumier dans le nord de la France, ce droit nouveau reconnut la faculté de tester aux populations qui lui étaient soumises. Le respect des dispositions de dernière volonté étant une des innovations introduites par l'autorité de l'Église dans le système juridique des fondateurs de la nation française, ce fut l'Église qui pendant longtemps se chargea de surveiller l'exécution des testaments; la juridiction en matière de testament appartint longtemps aux tribunaux écclésiastiques (1). Il y a une preuve éclatante de l'indépendance avec laquelle les chefs de l'Église exerçaient, dans cette région du droit, le pouvoir dont ils étaient investis : un nouveau mode de tester fut créé, un testament inconnu aux législations précédentes, le testament qui se faisait devant le curé et deux ou trois témoins; une décrétale du pape Alexandre III l'introduisit en 1170 (2). La validité des testaments reçus par les curés fut admise par plusieurs coutumes et consacrée en dernier lieu par l'ordonnance de 1735 (3). Personne donc ne s'étonnera que l'acte qui nous occupe émane de la juridiction ecclésiastique.

Le droit de disposer des biens par testament étant une fois admis, il semble qu'il n'y avait qu'un pas à faire pour arriver à la tutelle testamentaire. Cependant la tutelle testamentaire paraît avoir été inconnue dans le nord de la France au XIIIe siècle. Ainsi Beaumanoir, qui parle avec tant de détails des testaments et de la tutelle, ne dit rien de la tutelle testamentaire; le seul tuteur dont il

(1) Beaumanoir, chap. XI, § 10. Cf. Schæffner, *Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs*, III, 406.

(2) *Decretales Gregorii* IX, lib. IV, tit. 26, cap. 10.

(3) *Institutes coutumières* d'Ant. Loisel (éd. Dupin et Laboulaye, t. I, p. 296); Guyot, *Répertoire*, t. XVII, p. 144.

s'occupe est celui qui est nommé par le juge (1). L'ancien droit français conserva toujours la même règle : « Les tutelles sont datives », dit Loisel dans ses *Institutes coutumières*, I, 210 (2). Cependant une restriction fut introduite. Le plus ancien document où on la trouve formulée est, à ma connaissance, un article inséré dans la coutume de Reims, en 1556. On y lit : « Quand par le testament y « a tuteur nommé, il doit être confirmé, si les parents « n'allèguent cause légitime que le défunt eût vraisem- « blablement ignorée » (3).

Cette maxime, admise par Antoine Loisel dans ses *Institutes coutumières* à la suite de la précédente, fut au XVIIe et au XVIIIe siècle un des principes fondamentaux du droit coutumier français. Avait-elle la même valeur au XIVe siècle? Telle est la question à laquelle répond le document que nous avons recueilli, et la réponse est affirmative.

Examinons quelques détails de cette pièce :

1° Le magistrat qui confirme le tuteur nommé est l'official; c'est régulier puisqu'il s'agissait de l'exécution d'un testament.

2° Aélipde avait, par ce testament, nommé à ses enfants trois *tuteurs* ou *curateurs*. Doit-on simplement reconnaître dans l'emploi de ces deux termes une redondance produite par l'influence du titre du *Digeste* en vertu duquel agissait l'official de Troyes? Ce titre est intitulé : *De confirmando tutore vel curatore*, et la loi qui, dans ce titre, consacre la tutelle testamentaire décernée

(1) Chap. XVII, § 2 (Ed. Beugnot, I, 274).

(2) Cf. Guyot, *Répertoire*, t. XVII, p. 307-309.

(3) Article 329. Voir Varin, *Archives législatives de Reims*, Ire parties, *Coutumes*, p. 1004; et le procès-verbal publié par Bourdot de Richebourg, *Nouveau coutumier général*, II, 572.

par la mère, parle aussi de la *curatelle*. Je crois qu'il faut attribuer à l'emploi de ces deux mots une importance plus sérieuse. En droit romain, l'impubère était en tutelle; une fois pubère, il avait un curateur jusqu'à 25 ans. Le droit coutumier, comme le droit barbare, ne connaissait pas originairement d'autre majorité que l'âge de puberté, dans la coutume de Champagne 15 ans pour les hommes, 11 ans pour les femmes (1). C'est par la formule : « tuteurs ou curateurs », *tutores seu curatores*, qu'on a donné au tuteur le droit de rester en fonctions jusqu'à ce que son pupille eût atteint l'âge de 25 ans. La formule comme la doctrine a pénétré dans la coutume officielle de Troyes, titre II, art. 2 : « Enfants « auxquels il est pourvu de *tuteurs* et *curateurs* par jus- « tice sont et demeurent eux et leurs biens en la puissance « et gouvernement de leur *tuteur* et *curateur* jusqu'à ce « qu'ils soient âgés de vingt-cinq ans ou mariés. » C'était là le droit commun de la France dans les derniers temps de la période coutumière. Il était alors de principe général, dit Loisel, que « tuteur et curateur n'est qu'un » (2), ou, pour employer les expressions de Laurière, que « la tutelle dure jusqu'à vingt-cinq ans » (3). Notre sentence de l'officialité de Troyes est probablement un des plus anciens documents où l'on trouve la trace d'une maxime qui a si profondément modifié le statut personnel de l'époque barbare et des premiers temps du droit coutumier.

3° Aélipde nomma *trois* tuteurs : ceci est une singularité qui ne pénétra pas dans l'usage. La coutume romaine de

(1) *Li drois et li coutumes de Champagne et de Brie*, art. 5. Cf. Beaumanoir, chap. XV, § 30 (éd. Beugnot, I, 260).

(2) *Institutes coutumières* (éd. Dupin et Laboulaye, I, 209).

(3) *Ibid.*, p. 210.

ne nommer qu'un seul tuteur a prévalu. Mais une manière différente de procéder s'explique. Les trois tuteurs choisis par Aélipde étaient probablement ses exécuteurs testamentaires. Ordinairement on désignait plusieurs exécuteurs testamentaires ; c'est même ce que prévoit une bulle de Grégoire IX, insérée au *Corpus juris canonici* (1).

4° Aélipde avait fait mettre dans son testament la clause *quod si non omnes, duo vel unus*, etc., c'est-à-dire qu'un seul des tuteurs pouvait agir valablement en l'absence des deux autres. On trouve souvent cette disposition dans les procurations et dans les parties des testaments qui règlent les pouvoirs des exécuteurs testamentaires. Là encore, les usages suivis en matière de testament ont exercé sur la tutelle, dans notre document, une influence que l'usage n'a pas conservée :

Ce qui a subsisté, c'est la tutelle testamentaire décernée par la mère, c'est la confusion des titres de tuteur et de curateur dans la même personne, et par conséquent la prolongation de la minorité coutumière jusqu'à l'âge de vingt-cinq ans. Le Code Napoléon a réduit de quatre années la durée de la minorité, mais il a conservé la tutelle testamentaire; il a consacré le droit de la mère à la décerner, il a même supprimé pour la nomination faite par elle, comme pour celle qui émane du père, la nécessité de la confirmation par le magistrat.

Universis presentes litteras inspecturis officialis Trecensis salutem in Domino.

Notum facimus universis quod, cum defuncta Aelipdis, relicta defuncti Jaquemardi de Camera, quondam civis Trecensis, tempore quo vivebat et quo suum condidit testamen-

(1) *Decretales Gregorii IX*, lib. IV, tit. 26, cap. 17.

tum, in dicto suo testamento seu sua ultima voluntate filiis et filiabus suis annis minoribus dederit tutores seu curatores venerabilem et discretum virum magistrum Jacobum de Amilliaco, canonicum ecclesie Sancti Stephani Trecensis, Petrum de Noa, civem Trecensem, et Felisetum Anglici, filium quondam defuncti Stephani Anglici, cum illa clausula : *quod si non omnes, duo vel unus,* etc., prout in testamento seu ultima voluntate dicte defuncte Aelipdis plenius continetur et vidimus contineri : nos, considerantes affectionem quam dicta Aelipdis habebat et habere debebat erga dictos minores tanquam mater, et eciam consid[erantes] industriam et fidelitatem predictorum Jacobi, Petri et Feliseti et eorum cujuslibet, predicte dationi tutorum seu curatorum nostrum interponimus decretum et prebemus assensum, et eam auctoritate nostra ordinaria confirmamus. Preterea, coram nobis personaliter constituti, prenominati Jacobus, Petrus et Felisetus, onus tutele seu cure predicte in se et eorum quemlibet assumentes, promiserunt et juraverunt ad sancta Dei evangelia se et eorum quemlibet utilia dictorum minorum facere et procurare pro posse suo, inutilia vero evitare et pretermittere, et circa dictos minores et eorum bona diligentem sollicitudinem adhibere ac reddere rationem fidelemque et legitimum compotum de bonis dictorum minorum, quotiens super his fuerint requisiti. Et hec omnibus quorum interest, intererit et interesse poterit, intimamus tenore presentium litterarum, quibus in premissorum testimonium sigillum Trecensis curie duximus apponendum.

Datum anno Domini millesimo CCC quarto decimo, die martis ante festum beatorum Philippi et Jacobi apostolorum.

H. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE,
Archiviste du département de l'Aube.

DEUX JUBILÉS DE JURISCONSULTES ALLEMANDS,

BETHMANN-HOLLWEG ET FRÉDÉRIC BLUHME.

On sait que les Universités allemandes se plaisent à célébrer solennellement le cinquantième anniversaire du jour où un savant de renom, professeur ou ancien professeur, a été promu au Doctorat. Cette fête de la science n'est point restreinte à une seule ville. Souvent l'Allemagne entière tient à y prendre part. Les autres Universités se font représenter par des délégués ou par l'envoi de dissertations imprimées *ad hoc*, et relatives à la branche de connaissances dans laquelle le *jubilaire* (c'est l'expression consacrée) s'est particulièrement illustré. Des hommages du même genre lui sont rendus par des collègues ou des amis agissant en leur propre nom. Ces jubilés académiques provoquent ainsi, chaque année, la publication d'un grand nombre de mémoires d'un réel mérite, et dont plusieurs ont marqué dans l'histoire des sciences.

Malheureusement, ces travaux mis au jour dans diverses villes, dispersés dans des opuscules de tous formats, échappent facilement à l'attention dont ils seraient dignes : quelquefois même un titre occasionnel et collectif vient dissimuler leur véritable objet.

J'ai, par exemple, sous les yeux une brochure élégamment imprimée, de 124 pages grand in-8°, qui figurera dans les catalogues de librairie sous ce titre :

Symbolæ Bethmanno Hollwegio oblatæ, die XII *sept.* MDCCCLXVIII, *donum dederunt Beseler, Brunsius, Homeyer, Mommsenus, Rudorffius, Berolinenses.*

Or les mémoires renfermés dans ce fascicule, et rédigés, les uns en allemand, les autres en latin, sont au nombre de cinq :

1° *Le défrichement d'après l'ancien droit germanique*, par G. Beseler. Ce travail comprend un petit nombre de pages claires et substantielles. Il s'ouvre par des observations générales sur la condition des terres chez les anciens Germains et sur l'établissement successif de la propriété privée. L'auteur expose ensuite rapidement, d'après les sources du droit, les documents et les chroniques, les règles relatives à l'acquisition de la propriété individuelle par voie de *défrichement*, que ce défrichement fût opéré sur la marche commune ou sur les terrains déserts envisagés comme appartenant au souverain.

2° *Pour servir à l'histoire de la cession des créances*. Tel est le titre de la seconde dissertation, dans laquelle l'éminent romaniste G. Bruns, qui occupe à Berlin (après Puchta et Keller) la chaire de Savigny, aborde une des matières les plus délicates de l'ancien droit romain, à savoir les créances dont l'Etat est l'ayant droit. Leur véritable caractère et leur position vis-à-vis des obligations purement privées, ont été, en effet, durant ces dernières années, l'objet d'opinions très-divergentes. Bruns s'attache à mettre en relief le mode exceptionnel d'après lequel les créances de droit public étaient réalisées. L'État, pour la plupart d'entre elles tout au moins, procédait par voie indirecte, tantôt en les concédant à forfait à des particuliers qui en opéraient le recouvrement pour leur compte, tantôt en attribuant individuellement ses débiteurs à des citoyens dont il était débiteur lui-même et qui se trouvaient ainsi payés de leurs créances. Après avoir passé en revue, quant au mode de perception, toutes les catégories des créances de l'État, Bruns examine avec soin ces concessions générales et ces attributions individuelles : il montre les différences notables qui séparent les unes et les autres de la cession de créances.

3° *Les baguettes servant au tirage au sort. Appendice au mémoire sur le tirage au sort chez les Germains.* (1853), par G. Homeyer. Le savant éditeur du *Miroir de Saxe* complète ici et développe une dissertation antérieure, qui se rattachait elle-même à des recherches plus générales entreprises par le même auteur et qui ont éveillé un grand intérêt en Allemagne. Il s'agit des marques de maison (*Hausmarken*, *Hofmarken*), sorte d'armoiries rudimentaires, composées de lignes droites se croisant en sens divers et désignant à la fois le bien fonds et la personne du propriétaire. Les lois scandinaves font souvent mention de ces marques qui ont été constatées dans tous les pays germaniques et dont on peut même suivre les vestiges dans d'autres contrées. Elles apparaissent dans une foule de rapports sociaux et juridiques et ont servi à expliquer diverses expressions et institutions jusqu'alors énigmatiques. Une de leurs applications les plus curieuses se rapporte au tirage au sort auquel on procédait ou plutôt auquel on procède encore de nos jours, au moyen de petits bâtons sur lesquels sont sculptées les marques de maison. Cet usage, en effet, a été constaté en 1853, par Homeyer, dans une petite île de la Mer Baltique, nommée *Hiddensee;* il a été retrouvé, par suite de recherches ultérieures, sur divers points du nord de l'Allemagne. Dans d'autres localités, et même en Angleterre, de pareilles baguettes sculptées étaient encore employées au commencement de ce siècle pour l'attribution, par la voie du sort, des bénéfices communaux ou pour la désignation des individus auxquels une corvée était dévolue. Ce procédé a été successivement rapproché de la description fournie par Tacite de la *sortium consuetudo* des anciens Germains, d'un texte de la *Lex Frisionum* (tit. XIV) relatif à la détermination par la voie du

sort de l'auteur d'un meurtre commis dans une foule, enfin de nombreux passages des lois scandinaves.

4° *Duo capita Gellania*. Dans cette dissertation, écrite en un latin très-élégant, Th. Mommsen examine deux passages d'Aulu-Gelle offrant un intérêt juridique, l'un relatif au *penus*, l'autre aux fiançailles. Il propose d'utiles corrections au texte des *Noctes Atticæ*, et par le rapprochement du premier de ces passages avec des fragments du Digeste, il éclaire certains points délicats du droit romain.

5° *Legum secularium Constantini, Theodosii et Leonis capita ad ordinem privatorum judiciorum pertinentia, exposuit* Adolphus Fridericus Rudorff. Un manuscrit en idiome arménien, conservé au Musée britannique, et dont une traduction latine a paru à La Haye il y a quelques années, renferme, entre autres documents intéressants, un résumé de lois émanées de Constantin, Théodose et Léon, relatives à la procédure civile et à l'organisation judiciaire. Ce résumé a été l'objet, de la part de Rudorff, d'une étude éminemment délicate, jetant un jour nouveau sur le développement des institutions romaines, et signalant des textes inconnus jusqu'à ce jour.

Le savant, en l'honneur duquel quelques-uns des plus illustres romanistes et germanistes de l'Allemagne ont ainsi réuni d'intéressants spécimens de leurs travaux, méritait à coup sûr cet hommage. M. de Bethmann-Hollweg est, à l'heure actuelle, un des derniers et en même temps un des plus dignes représentants du réveil des études juridiques. On se rappelle qu'avant même d'avoir été reçu docteur, il avait volontairement accompagné à Vérone les délégués de l'Académie de Berlin, et déployé dans le déchiffrement du manuscrit de Gaïus une rare sagacité.

Plus tard, il professa avec distinction dans les Universités de Berlin et de Bonn, et publia divers ouvrages de droit romain, relatifs, en particulier, à la procédure civile. Dès 1842, il fut appelé par le roi de Prusse à de hautes fonctions administratives. Il prit une part active aux affaires politiques, et devint ministre de l'instruction publique. Quelques ouvrages imprimés durant cette période (1) avaient montré toutefois que son activité scientifique n'était point arrêtée. Après sa retraite du ministère, il reparut avec éclat dans la carrière en publiant, en peu d'années, quatre volumes d'un grand ouvrage sur l'histoire de la procédure civile (2), dont ses travaux précédents pouvaient être envisagés comme des avant-coureurs. Les trois premiers volumes, qui forment à eux seuls un ouvrage distinct, sont consacrés à la procédure romaine, matière qui, depuis la découverte de Gaïus, a été l'objet de recherches et de discussions innombrables. On n'en admire que plus la fermeté magistrale et la précision classique avec lesquelles M. de Bethmann-Hollweg, utilisant tous les matériaux et tenant compte des précédentes investigations, émet sur les questions les plus controversées un avis, qui, dans la plupart des cas, deviendra un arrêt souverain. Le quatrième volume ouvre une nouvelle série et comprend l'histoire de la procédure romano-germanique du ve au viiie siècle. Ce volume, qui témoigne, comme les précédents, d'un labeur consciencieux et d'une grande hauteur de vues, se distingue par une entente remarquable des caractères particuliers du droit germanique.

(1) *Origine de la liberté municipale en Lombardie*, 1846, in-8.—*Sur les Germains avant leur migration*, 1850, in-8.

(2) Der Civilprozess des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwickelung (*La procédure civile du droit commun dans son développement historique*), 1864 à 1868, 4 vol. in-8.

Au nombre des amis de Bethmann-Hollweg, qui ont honoré d'une publication spéciale son demi-siècle de doctorat, il faut signaler un jurisconsulte appartenant à la même génération, et qui, comme lui, s'est également distingué dans l'exploration du droit romain et du droit germanique. Nous avons nommé *Fréderic Bluhme*, qui, déjà en 1820, imprimait à l'étude du Digeste une nouvelle direction en constatant, par d'ingénieuses conjectures, l'ordre dans lequel ont été disposés les fragments des jurisconsultes. Depuis lors il a publié des ouvrages importants et de nature très-diverse : l'*Iter Italicum*, ensemble de recherches sur les bibliothèques et les manuscrits d'Italie, un traité de droit ecclésiastique, une encyclopédie juridique, et enfin les éditions critiques des Codes Burgondes et Lombards qui ont paru récemment dans les *Monumenta* de Pertz (1). Devenu lui-même le 3 janvier dernier le héros d'un jubilé académique, Bluhme a reçu à titre d'hommage de l'Université de Halle, un travail précisément consacré au droit des Lombards. C'est l'édition d'un ouvrage inédit du XIIe siècle intitulé : *Summa legis Longobardorum*. Cette édition, due aux soins du professeur Anschütz, est basée sur deux manuscrits conservés l'un et l'autre en France. Le premier, formant le n° 4615 de la Bibliothèque impériale de Paris, avait déjà fourni au même éditeur le texte d'un commentaire sur le droit lombard ; le second appartient à la Bibliothèque de Troyes (n° 1317). D'après les recherches de M. Anschütz, cette *Summa* aurait été composée au XIIe siècle, probablement entre les années 1150 et 1180. Elle renferme une exposition systématique abrégée des doctrines les plus importantes du droit lombard, à l'étude

(1) La brochure publiée par M. Bluhme à l'occasion du jubilé de Bethmann-Hollweg a pour objet les origines et les migrations successives de la *Gens Langobardorum*.

duquel elle devait servir d'introduction. Des deux livres dont elle est composée, le premier est consacré au droit pénal, le seconde roule sur diverses matières de droit privé. Son auteur n'est point sans mérite et se montre versé dans la connaissance du droit romain et dans celle du droit canonique. Ce document révèle ainsi, d'une manière instructive, le rapport étroit qui existait au XIIe siècle entre la renaissance du droit romain et le développement du droit national : il montre d'après quelle méthode et dans quel esprit l'étude de cette dernière législation était poursuivie.

En analysant ainsi rapidement un certain nombre de dissertations de *Jubilé,* qui se sont offertes à nous presque fortuitement, notre but a été surtout d'attirer l'attention sur une branche de la littérature scientifique peu connue hors de l'Allemagne, mais qui, de même que les mémoires accompagnant les programmes universitaires, renferme des travaux sérieux. On trouvera peut-être aussi dans ces opuscules de circonstance, échappés à la plume de professeurs éminents, quelques indications dignes d'intérêt sur le caractère actuel des études de jurisprudence, sur les objets infiniment variés et en partie nouveaux, auxquels s'applique de nos jours l'investigation des érudits.

CH. LE FORT,
Docteur en droit, Professeur à l'Académie de Genève.

NOTE ADDITIONNELLE A LA COUTUME DE THÉGRA.

Depuis que j'ai publié dans un des précédents numéros de cette *Revue* l'ancienne coutume de Thégra (1), j'ai reçu plusieurs observations relatives à l'interprétation que j'avais proposée de l'article 18. Dans le nombre, il en est deux qui m'ont paru dignes du plus sérieux examen.

La première m'a été adressée par M. Dufour, avocat à Cahors, connu dans le monde savant par ses travaux historiques et notamment par la publication des anciennes coutumes de Cahors et de Montcuq (2). M. Dufour croit que la phrase : *Se nulhs hom lor o retraia, es e la pena de* XX *sols per cascuna vetz que lor o retrairia*, doit être traduite de la façon suivante : « Si « quelqu'un leur a donné retraite (asile), il encourt une « amende de vingt sous chaque fois qu'il les aura reçus. » Il invoque à l'appui de son sentiment l'art. 144 de la coutume de Cahors, dont le dernier paragraphe est ainsi conçu : « Et « que aquel ho aquela que ho auria parlat ny procurat et fach « far lo justamen sospechos, que dones LX sols al senhor. » Dans sa pensée, l'amende de vingt sous prononcée par la coutume de Thégra n'est donc pas édictée contre ceux qui raillent ou injurient les adultères, mais bien contre les proxénètes qui favorisent l'accomplissement de leur crime.

Quelle que soit ma confiance dans le sens juridique de M. Dufour et dans sa connaissance de l'ancienne langue du Quercy, je ne saurais, cette fois, me ranger à son opinion. Je reconnais avec lui que le verbe *retraire* a fréquemment la signification qu'il lui donne ; cette signification s'est même perpétuée dans le langage de nos campagnes, où l'on dit vo-

(1) Voy. ci-dessus, page 43.
(2) Voy. ci-dessus, page 44, note 2.

lontiers *retirer chez soi un vieux parent, un vieux domestique.* Mais, dans l'espèce, la traduction qu'il propose me semble inconciliable avec la construction grammaticale de la phrase. Que fait-il du pronom *lor*, qui est au datif, et du mot *o* qui veut dire *cela ?* Pour que cette traduction pût être acceptée, il faudrait au moins que le texte portât : *se nuilhs hom* LOS *retraía*. Quant à l'argument tiré de la coutume de Cahors, il aurait une grande importance si les autres coutumes du Quercy renfermaient des dispositions analogues ; mais, loin qu'il en soit ainsi, le sens que j'ai cru devoir adopter se trouve confirmé par un article de la coutume inédite de Gramat, que M. Dufour lui-même avait bien voulu me communiquer.

La seconde observation émane de M. Moullié, conseiller à la Cour impériale d'Agen, qu'une étude persévérante a rendu familier avec les textes coutumiers du Midi (1). M. Moullié accepte la traduction que j'ai donnée du mot *retraire* ; il va même au delà, et croit que ce mot ne renferme pas seulement l'idée d'un reproche, mais bien celle d'une raillerie publique, d'une complainte ou chanson satirique (2), peut-être même d'un charivari. Le point sur lequel il combat mon interprétation touche aux circonstances dans lesquelles cette raillerie pouvait se produire. J'avais exprimé l'avis qu'elle n'était punissable que si elle intervenait *avant* la découverte et le châtiment de l'adultère ; M. Moullié pense au contraire que l'amende de vingt sous frappait ceux qui injuriaient les coupables *après* l'expiation de leur faute. Il fait valoir l'état de profonde humiliation où devaient se trouver ces malheureux qui avaient traversé toute une ville dans un état complet de nudité, au milieu des huées et des quolibets de la populace, et montre que de nouveaux outrages pouvaient entraîner des

(1) M. Moullié a successivement publié les anciennes coutumes d'Agen et de Layrac dans le *Recueil des travaux de la Société d'agriculture, sciences et arts d'Agen*; celles de Prayssas et Larroque — Timbaud dans la *Revue historique de droit français et étranger*.

(2) Dans le *Glossaire français* de Du Cange, le mot *retraiement* est traduit par *chanson*.

rixes, que les magistrats avaient le devoir de prévenir. Il invoque enfin à l'appui de son sentiment l'art. 22 de la coutume inédite de Sérignac, ainsi que l'article correspondant de la coutume de Castéra-Bouzet, publiée par l'abbé Monlezun (*Histoire de la Gascogne*, VI, 94) :

Le premier est ainsi conçu : « Si alcus hom o alcuna femna « lor o donava en retragz, *quant auran corregut*, deu s'en « gagiar en xx sols al baile, e dressera la anta a aquel o « aquela a cui o aura retragh ab albire del baile e de sa cort, « si l'oms o la femna *que auran corregut* s'en rancurava a lor. »

Les termes du second sont presque identiques : « Et si « alcuns home o alcuna femna lor o donaba en retrech, *quant* « *auran corregut*, deu se gatjar en xx p. arnaudens al bayle, « e dressera la anta ad aquel o ad aquela a qui aura retrach « ad albire del bayle e de sa cort, si l'ome o la fempna *que aura* « *corregut* s'en rencura a lor. »

J'avoue que le texte de ces deux articles, joint aux raisons données par M. Moullié, me paraît décisif, et je ne fais aucune difficulté de reconnaître que mon interprétation doit être modifiée dans le sens des observations produites par l'honorable et savant magistrat.

EUGÈNE DE ROZIÈRE.

BIBLIOGRAPHIE.

Histoire des institutions judiciaires des Romains (juridictions, actions, procédure), par J. Latreille, juge au tribunal de Saint-Girons. — T. Ier, Droit primitif, Actions de la loi. — Paris, Marescq aîné, 1870, in-8. — 9 fr.

Il est malheureusement incontestable que les magistrats français de nos jours, à la différence de leurs plus illustres devanciers, font peu de cas du droit romain et le tiennent à peu près pour non existant : à leurs yeux, un bon recueil d'arrêts remplace très-avantageusement les *Réponses* de Papinien et même le *Corpus juris* tout entier. Je doute que l'honnête justiciable ait beaucoup à se louer de cette tendance générale de la magistrature, et, en conséquence, je salue avec une joie sincère l'apparition d'un grand ouvrage consacré par un juge d'un modeste tribunal civil aux institutions judiciaires des Romains. Savoir un peu de droit romain est déjà chose excellente ; mais en approfondir une partie considérable pour communiquer au public le résultat de ses recherches ne peut être que le fait d'une intelligence très-honnête, très-active et très-éclairée.

Après une lecture attentive du volume de M. Latreille, je suis heureux de pouvoir le louer sous beaucoup de rapports : c'est évidemment l'œuvre d'un esprit érudit, indépendant et judicieux. Mais je crois faire une chose utile et en même temps donner à l'auteur une preuve d'estime particulière en lui signalant quelques points sur lesquels il me paraît difficile de partager sa manière de voir plutôt qu'en insistant sur les éloges qu'il mérite à tant d'égards.

Tout d'abord le critique ne serait-il pas en droit de noter dès le commencement du livre une certaine contradiction, lorsque, après avoir lu (p. 9) que « dans les premiers jours de Rome les institutions judiciaires ne s'affirment qu'avec l'hésitation inséparable de tout début et semblent chercher leur voie », il trouve presque immédiatement (p. 11 et 12)

que « Rome eut, dès les premiers temps de son existence, une organisation judiciaire complète et régulière, parfaitement accommodée à son génie et à ses institutions politiques, et capable, autant que toute autre, d'assurer la pleine satisfaction des intérêts légitimes ? » De ces deux propositions la première seule est exacte. Tout ce qui se rattache au très-ancien droit romain est environné de ténèbres ; mais il est invraisemblable *a priori* qu'un peuple encore barbare possède déjà une organisation judiciaire parfaite.

« L'organisation judiciaire, continue M. Latreille, résidait dans le *judex*, les récupérateurs, les arbitres et les centumvirs, juridictions diverses dont la compétence était réglée, et non dans les rois et les consuls, qui n'eurent, à notre avis, dans leurs mains, que la puissance publique, le commandement, l'*imperium* en un mot (pour parler comme les Romains), à l'exclusion de la *jurisdictio*.. Nous démontrerons que, dans le droit primitif, les rois et les consuls n'eurent, en principe, que l'*imperium*, la *jurisdictio* résidant tout entière dans les mains de diverses classes de juges. »

Au fond, l'idée que veut ici exprimer notre auteur est peut-être exacte ; quant à l'expression, elle est certainement défectueuse. J'admets sans difficulté que, de très-bonne heure, à Rome, le droit de juger, le droit de statuer sur un litige, a pu être exercé par un *judex*, par des récupérateurs, par des arbitres ou par le tribunal des centumvirs. Mais est-ce à dire que la *jurisdictio* appartenait exclusivement à ces différentes classes de juges, que le roi et les consuls avaient l'*imperium* sans aucune *jurisdictio ?* Cela pourrait être soutenu si le mot latin *jurisdictio* signifiait le droit de juger. Or tel n'est véritablement point le sens de ce mot. *Jus dicere*, cela ne veut pas dire *juger ;* cela veut dire présider à l'administration de la justice, prendre à l'occasion de tout procès qui s'élève entre particuliers les mesures nécessaires pour que le bon droit puisse être reconnu.

Je veux qu'à l'origine les choses se soient passées à peu près comme l'indique M. Latreille dans le passage suivant :

« Lorsqu'un citoyen, en désaccord avec son voisin sur un intérêt privé, invoqua l'appui de la puissance publique, protectrice née de la justice et de l'ordre, et que le magistrat, revêtu de l'*imperium*, trouva des allégations contradictoires dans la bouche des deux contendants, il leur dit : *Choisissez un patricien dans les lumières et la conscience duquel vous ayez une égale confiance ; apportez-lui vos prétentions et vos preuves ; investissez-le, d'un commun accord, du droit de prononcer sur votre différend : je promets, pour mon compte, d'assurer, même par la force, l'exécution de sa décision* (n° 31, p. 32).» Il s'agit seulement de savoir si le magistrat (roi ou consul), qui donne ainsi un caractère officiel au patricien désigné d'un commun accord par les plaideurs, le fait parce qu'il est revêtu de l'*imperium*, ou s'il ne le fait pas plutôt parce que, à côté de l'*imperium*, il a dans sa main une autre fonction, la *jurisdictio*. Or, sur ce point, les jurisconsultes romains s'expriment dans des termes qui, à mon sens, ne peuvent laisser subsister aucun doute. Je me bornerai à deux citations. Le jurisconsulte Pomponius ne proclame-t-il pas, aussi clairement que possible, que les consuls avaient la *jurisdictio*, lorsque, voulant expliquer l'institution de la Préture, en 387, il dit : *Cum consules avocarentur bellis finitimis, neque esset qui in civitate jus reddere posset, factum est ut Prætor quoque crearetur, qui urbanus appellatus est quod in urbe jus redderet* (1) ? Et, de son côté, Ulpien ne nous fait-il pas suffisamment connaître le sens du mot *jurisdictio*, lorsque, après avoir défini l'*imperium*, il ajoute : *Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia* (2) ?

La fausse signification attribuée par M. Latreille au mot *jurisdictio* le conduit à des propositions vraiment étranges. Voici un alinéa que, j'en conviens, il m'a fallu lire à plusieurs reprises, tant le raisonnement qui s'y trouve m'a paru bizarre : « Les préteurs n'acquirent le droit de juger que dans les contestations purement privées qui étaient auparavant de

(1) L. 2, § 27, D., *De orig. juris* (I, 2.)
(2) L. 3, D., *De jurisdict* (II, 1.)

la compétence du *judex* seul, et ils ne portèrent jamais aucune atteinte à la plénitude de la juridiction des centumvirs. Or, avant l'attribution au préteur de ce droit partiel, les causes appartenant au *judex* étaient traitées de la même manière que les causes centumvirales : il n'est donc pas possible d'admettre que le magistrat, qui n'avait pas et n'eut jamais juridiction pour les dernières, avait juridiction pour les premières (n° 29, p. 28).» D'abord je ne saisis pas bien quelle pensée l'auteur veut exprimer quand il dit que le préteur acquit *le droit de juger*. La règle, sous la République et même pendant les premiers siècles de l'Empire, a toujours été : *Prætor jus dicit, non vero judicat*. De plus, il est parfaitement certain que la *jurisdictio* du préteur s'appliquait aux affaires centumvirales comme à celles qui devaient être soumises à un *judex*. *Cum ad centumviros itur*, dit en effet Gaius (comment. IV, § 31), *ante lege agitur sacramento apud prætorem urbanum vel peregrinum*.

Les rois et les consuls, qui avaient la *jurisdictio*, n'avaient-ils pas aussi le droit de juger, le droit de terminer eux-mêmes les procès par une sentence proprement dite ? C'est un point sur lequel la controverse est possible. A M. Latreille, qui soutient la négative, on peut opposer ce texte d'une très ancienne loi rapportée par Cicéron : *Regio imperio duo sunt ; iique, præeundo, judicando, consulendo*, PRÆTORES, JUDICES, CONSULES *appellantor* (1). Ainsi les consuls étaient appelés *judices*, ce qui fournit à M. de Bethmann-Hollweg l'observation suivante : « L'emploi différent du mot *judex* indique la différence d'organisation judiciaire dans les diverses périodes. Dans la première comme dans la dernière, ce mot est appliqué au magistrat ; dans le temps intermédiaire, on distingue très-bien *magistratus* et *judex* » (2).

— Je signalerai encore une autre inexactitude dans laquelle M. Latreille est tombé au sujet de la *jurisdictio* :

(1) *De legibus*, III, 3.

(2) *Der Civilprozess des gemeinen Rechts*, t. I, § 22, note 5, p. 55 (Bonn, 1864).

« Nous savons, dit-il (n° 19, p. 17 et suiv.), qu'à côté de la juridiction contentieuse, se rapportant aux contestations à vider, les commentateurs ont voulu placer une juridiction volontaire, qui n'avait pour mission que de donner à certains actes une solennité voulue.... Il n'y a rien qui intéresse la *jurisdictio* des Romains dans les actes dont il s'agit ; et la distinction que les commentateurs ont voulu établir entre la juridiction contentieuse et la juridiction volontaire n'a pas de raison d'être.... Ecartons donc cette distinction, que les interprètes n'ont basée que sur des apparences, que les jurisconsultes romains ne connurent pas, que les textes combattent, et disons seulement que les magistrats avaient quelquefois, en dehors de l'*imperium* et de la *jurisdictio*, des attributions spéciales qui les faisaient intervenir dans les rapports des citoyens pour donner à certains actes une solennité que la loi déclarait nécessaire. »

Tout ce que je puis accorder à M. Latreille, c'est que, quand le magistrat nomme un tuteur, ce n'est ni en vertu de son *imperium*, ni en vertu de sa *jurisdictio* (1); et que, par conséquent, les jurisconsultes romains n'ont pas pu voir dans cette nomination un acte de juridiction volontaire. Mais que la distinction entre une juridiction contentieuse et une juridiction volontaire ait réellement été reconnue à Rome, et qu'elle ait eu une importance pratique assez considérable, c'est ce qu'il n'est pas possible de nier. En effet, lorsque je vois des textes proclamer que, dans certains cas, des parties qui sont d'accord agissent *lege* ou *sacramento* devant le magistrat, ne suis-je pas autorisé à conclure que, dans les cas dont il s'agit, le magistrat fait acte de juridiction volontaire? Or, que dit Gaius à propos du mode d'aliénation appelé *in jure cessio?* Après avoir décrit la forme dans laquelle il s'opère, Gaius ajoute : *Id* LEGIS ACTIO *vocatur* (2). De même, Modestin, à pro-

(1) *Tutoris datio*, dit Ulpien, *neque imperii est neque jurisdictionis, sed ei soli competit cui nominatim hoc dedit vel Lex vel Senatusconsultum vel Princeps.* L. 6, § 2, D., *De tutelis* (XXVI, 1).

(2) Comment. II, § 24.

pos de l'émancipation et de l'adoption : *Magistratum apud quem legis actio est, et emancipare filios suos et in adoptionem dare apud se posse Neratii sententia est* (1). Ainsi, le magistrat qui a lui-même intérêt dans l'affaire peut néanmoins faire acte de juridiction volontaire, tandis qu'il ne pourrait certainement pas faire acte de juridiction contentieuse. La distinction est encore utile en ce que, pour exercer la juridiction contentieuse, le magistrat doit siéger sur son tribunal, ce qui au contraire n'est point exigé en matière de juridiction volontaire. C'est ainsi qu'en matière de *bonorum possessio*, lorsqu'elle est *decretalis*, c'est-à-dire qu'elle a un caractère contentieux, Ulpien dit : *Si causa cognita bonorum possessio detur, non alibi dabitur quam pro tribunali* (2), — tandis qu'en matière d'affranchissement le magistrat peut procéder *in transitu, cum aut lavandi aut gestandi aut ludorum gratia prodierit* (3).

Mais, sur la question qui nous occupe, voici le texte décisif, texte qui malheureusement a échappé à M. Latreille : *Omnes proconsules, statim quam Urbem egressi fuerint, habent jurisdictionem, sed non contentiosam, sed voluntariam : ut ecce, manumitti apud eos possunt tam liberi quam servi, et adoptiones fieri. Apud legatum vero proconsulis nemo manumittere potest, quia non habet jurisdictionem talem, nec adoptare potest : omnino enim non est apud eum legis actio* (4).

— M. Latreille, je le dis à regret, n'a pas jeté beaucoup de lumière sur la matière des actions de la loi : j'ai lu son livre très-attentivement, et je la trouve toujours aussi obscure.

Tout d'abord, il me semble procéder d'une façon passablement arbitraire, quand il dit (n° 136, p. 149 et 150) :

« Nous devons protester contre la doctrine généralement

(1) L. 4, D., *De adopt. et emancip.* (I, 7.) Voy. aussi Gordien, L. 1, C., *De adopt.* (VIII, 48).

(2) L. 3, § 8, D. *De bon. poss.*, (XXXVII, 1.)

(3) Gaius, L. 7, D, *De manum. vind.* (XL, 2). Comp. Inst., § 2 *De libert.* (I, 5).

(4) Marcien et Ulpien, LL. 2 et 3, D., *De officio proconsulis* (I, 16).

reçue qui compte cinq actions de la loi : car il existe sur ce point une erreur manifeste, que le manuscrit de Gaius, sainement entendu, condamne de la manière la plus formelle.... Est-ce en considérant les actions de la loi comme des formalités de procédure que l'on a cru pouvoir en compter cinq? Non, sans doute: car, à ce titre, la procédure romaine devrait être formée tout entière de ces cinq parties, et nous voyons, au contraire, que dans les actions de la loi n'est pas comprise la procédure proprement dite. »

Cette dernière proposition manque d'exactitude ou tout au moins de clarté. En effet, d'une part, il est certain que dans l'*actio sacramenti* la procédure n'était pas la même que dans la *condictio*. Et, d'autre part, c'est précisément en traitant des actions de la loi, probablement en traitant de l'*actio sacramenti*, laquelle pouvait être employée soit en matière réelle, soit en matière personnelle, que Gaius expose les formes de l'ancienne procédure. Il paraît donc incontestable qu'il existait un rapport intime entre l'emploi de telle ou telle action de la loi et la procédure à suivre ; et je ne puis accepter complétement l'idée que M. Latreille résume ainsi : « Sous l'expression *quinque modis* (1), il faut voir, non cinq manières de procéder, mais cinq moyens d'action. » Au surplus, l'auteur lui-même rétracte en partie cette idée, lorsqu'il ajoute : «A côté de chacun des cinq moyens de contrainte qu'il énumère, Gaius place la procédure particulière à laquelle l'emploi de ce moyen donnait lieu... Ces procédures, considérées en elles-mêmes, indépendamment des moyens de contrainte qu'elles étaient destinées à mettre en jeu, étaient bien des *actions de la loi*; mais cette appellation doit être restreinte aux procédures et ne peut s'étendre aux moyens de contrainte. » Quant à moi, je comprends bien qu'on puisse voir dans l'*actio sacramenti* un moyen de contrainte ; mais je ne comprends guère que la *judicis postulatio* et la *condictio* aient pu être autre chose que des manières de procéder (2).

(1) *Lege agebatur modis quinque...* (Gaius, Comment. IV, § 12).

(2) M. Latreille essaie de démontrer que la *condictio* s'appli-

Dans le précieux manuscrit de Vérone, il manque malheureusement une page après le § 14 du Commentaire IV. « Ici s'élève, dit M. Latreille, une question de la plus haute importance : la page perdue était-elle consacrée tout entière à ce que Gaius appelle l'*actio sacramenti*? Tous les commentateurs l'ont pensé ; et les §§ 15, 16 et 17, qui forment la page suivante, sont considérés comme faisant partie des développements que Gaius avait donnés à cette *actio*. Mais l'avis opposé nous paraît préférable, et nous croyons que les §§ 15, 16 et 17 appartiennent à la *judicis postulatio*. »

J'avoue que les raisons présentées par l'auteur pour repousser l'opinion commune ne m'ont point paru décisives.

Je remarque tout d'abord que, dans ces §§ 15, 16 et 17, Gaius parle souvent de *sacramentum*. Ainsi : *illud ex superioribus intelligimus si de re minoris quam M. æris agebatur, quinquagenario sacramento, non quingenario, eos contendere solitos fuisse*. Plus loin : *qui prior vindicaverat, dicebat :* QUANDO TU INJURIA VINDICAVISTI, D. ÆRIS SACRAMENTO TE PROVOCO. Plus loin encore : *alios prædes ipse prætor ab utroque accipiebat sacramenti*. Je le demande, n'est-il pas naturel que tout cela se réfère à l'*actio sacramenti?* — De son côté, M. Latreille fait remarquer que, dans ces mêmes §§ 15, 16 et 17, il est question d'un *judex* donné aux parties :... *ad judicem accipiendum venirent. Postea vero reversis dabatur*.... XXX *judex*,..... *per legem Pinariam factum est ; ante eam autem legem .... dabatur judex*. Quant à la dernière lacune que présente le texte, notre auteur la comble au moyen du mot *statim*. A l'exemple de M. Blondeau, il lit : *ante eam autem legem statim dabatur judex*. Le sens alors serait qu'antérieurement à la loi Pinaria un *judex* était donné aux parties dès qu'elles comparaissaient devant le magistrat, tandis qu'en vertu de cette loi la nomi-

quait exclusivement au cas particulier de non-comparution du défendeur, *trigesimo die*. Il ne m'a pas convaincu. Si tel eût été l'emploi de la *condictio*, il n'est pas vraisemblable que Gaius eût écrit cette phrase : *Quare hæc actio desiderata sit... valde quæritur* (Comment. IV, § 20).

nation du *judex* n'avait lieu qu'au bout de trente jours. Je préfère, avec Heffter, combler la lacune au moyen du mot *nondum*. J'incline à croire qu'antérieurement à la loi Pinaria les parties procédant par l'*actio sacramenti* étaient renvoyées, non devant un *judex*, mais devant un tribunal, devant un corps judiciaire permanent, et que la loi Pinaria vint décider qu'à l'avenir, du moins dans certains cas, elles pourraient au bout de trente jours obtenir la nomination d'un *judex*. En résumé, quand on procédait *per condictionem* ou *per judicis postulationem*, l'affaire était toujours soumise à un simple particulier, juge ou arbitre ; quand on procédait *sacramento*, elle pouvait être soumise soit à un tribunal, comme le tribunal des centumvirs, soit à un *judex*.

— Nous reviendrons sur l'ouvrage de M. Latreille à mesure que paraîtront les volumes qui doivent le compléter.

CH. DEMANGEAT,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

DE BURGUNDIÆ HISTORIA ET RATIONE POLITICA MEROVINGORUM ÆTATE, thesim proponebat Facultati litterarum Parisiensi LUD. DRAPEYRON, Paris, Ernest Thorin, 1869, in-8. 4 fr.—L'ARISTOCRATIE ROMAINE ET LE CONCILE, par le même, Paris, même éditeur, 1870, in-8. 2 fr.

Si je réunis dans un même compte-rendu deux brochures qui traitent de sujets si différents, c'est moins parce qu'elles émanent du même auteur que parce qu'elles dénotent l'une et l'autre le même procédé de travail, la même habileté à grouper les faits, la même puissance de généralisation, mais aussi, pour dire toute ma pensée, la même tendance au paradoxe.

La première n'est autre que la thèse présentée par M. Drapeyron à la Faculté des lettres de Paris pour obtenir le grade de docteur. Seulement, M. Drapeyron ne s'est pas borné, comme le font aujourd'hui la plupart des candidats, à composer une dissertation académique, pleine de recherches sa-

vantes ou de vues ingénieuses, dans laquelle les événements et les hommes sont analysés avec une froide impartialité. Il est demeuré fidèle aux vieilles traditions, et prenant le mot de *thèse* dans son acception rigoureuse, il a choisi un sujet sur lequel il professait une opinion exclusive et l'a développé d'après un système préconçu. Ce genre de travail plaît aux jeunes gens, parce que la jeunesse est de sa nature affirmative et absolue ; il plaît aux esprits souples et vigoureux, parce que la discussion met en relief leurs qualités ; mais il n'est pas sans péril, et je crains que M. Drapeyron n'ait pu s'en convaincre par sa propre expérience. Quel a été le rôle de la Bourgogne pendant la période mérovingienne ? Telle est la question qu'il s'était posée, et à laquelle il a répondu sans hésiter : le rôle de la Bourgogne a été prépondérant. C'est une princesse bourguignonne, la reine Clotilde, qui a porté le Christianisme chez les Francs de Clovis ; c'est le monastère bourguignon de Luxeuil qui par l'envoi de ses nombreuses et saintes colonies a fait reculer la barbarie austrasienne ; c'est le roi bourguignon Gondebaud qui par la sagesse de ses lois a préparé l'égalité civile entre les Gallo-Romains et leurs vainqueurs; c'est un autre roi bourguignon, Gontran, qui a su par l'habileté de sa politique amortir la lutte fratricide de ses farouches voisins ; c'est la Bourgogne enfin qui au milieu des sanglantes discordes de la Neustrie et de l'Austrasie a seule conservé les traditions d'ordre et de gouvernement léguées par l'Empire. Ces idées n'étaient pas nouvelles pour ceux qui ont suivi M. Drapeyron depuis ses débuts dans la carrière d'historien ; il avait eu déjà l'occasion de les exposer dans quelques écrits justement remarqués (1). Elles n'en ont pas moins été, de la part des professeurs de la Faculté, l'objet d'une assez vive contradiction. Peut-être même, dans le feu de l'argumentation, les savants contradicteurs du jeune

(1) *Du rôle de la Bourgogne sous les Mérovingiens*, 1866. — *La reine Brunéchilde et la crise sociale du* VI*e siècle sous les Mérovingiens*, 1867. — *Ebroin et Saint Léger; origine, développement et résultats de la lutte entre la Neustrie et l'Austrasie*, 1868.

candidat se sont-ils à leur tour montrés trop absolus. On ne saurait en effet nier que le pays occupé par les Bourguignons n'eût été profondément pénétré par la civilisation romaine, et que cette portion de la Gaule n'ait gardé plus fidèlement qu'aucune autre, sous la domination barbare, les formes de l'administration impériale. On est également forcé de reconnaître que plusieurs des personnages mêlés à l'histoire de la Bourgogne n'ont pas été sans influence sur le sort des autres établissements mérovingiens. Mais ce qu'il y a d'excessif dans les propositions de M. Drapeyron, c'est d'étendre les limites de la Bourgogne jusqu'aux rivages de la Méditerranée et de comprendre ainsi dans le royaume bourguignon des provinces qui ne lui ont appartenu que pendant un très-petit nombre d'années; c'est de faire honneur au génie bourguignon du prosélytisme de Clotilde et de son action sur les Francs de Clovis, tandis que la vie tout entière de cette princesse respire la haine et la vengeance contre le peuple qui avait massacré sa famille; c'est de considérer comme un produit légitime et glorieux de l'esprit bourguignon l'apostolat de S. Colomban, tandis que le séjour en Bourgogne de l'ardent missionnaire ne fut qu'une des étapes de sa vie agitée; c'est d'attribuer un rôle national au roi Gontran, qui était Franc d'origine et ne régnait sur la Bourgogne qu'en vertu de la conquête; c'est enfin d'assigner une importance prépondérante à des lois, dont les destinées ont été plus limitées que celles de la plupart des Codes barbares, et dont l'action n'a jamais dépassé les frontières de la Bourgogne, tandis que la Loi Salique et le Bréviaire Wisigoth se répandaient dans tout l'empire des Francs. Le chapitre où M. Drapeyron parle de la législation des Bourguignons est assurément celui qui eût offert le plus d'intérêt à nos lecteurs; malheureusement c'est un de ceux que l'auteur a traités avec le moins de développements. Il répondra sans doute que son but n'était pas de faire une œuvre juridique, et que dans le tableau d'ensemble qu'il s'efforçait de tracer, l'histoire des institutions ne devait occuper qu'une place secondaire. Mais il n'en est pas moins

vrai qu'après les travaux spéciaux de Barkow, de Hube, de Binding et de Bluhme, il aurait pu, sans manquer aux règles de la proportion, donner une analyse plus substantielle et plus complète des lois de Gondebaud et de Sigismond.

La seconde brochure de M. Drapeyron est évidemment une œuvre de circonstance. Comme tous les esprits sérieux, le jeune docteur n'a pu considérer sans une curiosité mêlée d'émotion les évenements qui préoccupent à un si haut degré la société religieuse, et il a voulu communiquer au public les réflexions que ce spectacle lui avait inspirées. Toutefois le concile du Vatican tient peu de place dans son écrit et paraît en avoir été l'occasion plutôt que le sujet. M. Drapeyron est avant tout un historien ; c'est par ses côtés historiques qu'une question le séduit et s'empare de son esprit; il aime à remonter jusqu'à ses origines, il la suit dans tous ses développements, et lorsqu'il croit avoir saisi ses différents aspects, il se plaît à la résumer dans une synthèse, dont on est quelquefois forcé de contester la justesse, mais qui atteste un grand fonds d'instruction et une remarquable vigueur de pensée. Le concile réuni en ce moment dans la basilique de S. Pierre lui est apparu comme une manifestation de l'aristocratie romaine, et remontant aussitôt le cours des âges, il s'est efforcé de montrer que depuis la fondation de Rome jusqu'à nos jours la ville éternelle avait été gouvernée par une caste aristocratique, dont les éléments avaient nécessairement subi bien des transformations, mais dont les traditions s'étaient transmises de siècle en siècle avec une invincible persistance. Je pourrais, je crois, sans sortir du cadre de cette *Revue*, discuter pièce à pièce les assertions de M. Drapeyron, car les questions d'organisation politique et de gouvernement sont essentiellement du domaine juridique. Mais je ne veux pas agir vis-à-vis d'une brochure, qui a tous les caractères d'une improvisation, comme je le ferais à l'égard d'une œuvre longuement méditée. Je me contenterai donc de soumettre à l'auteur un petit nombre d'objections. Et d'abord je ne saurais admettre que ces sénateurs serviles de l'époque impériale, ces ministres recru-

tés parmi les affranchis et désignés au choix du maître par l'éclat même de leurs vices, fussent les héritiers directs de ces fiers patriciens de la République, qui étaient, il est vrai, moins préoccupés du bonheur du peuple que de la grandeur de l'Etat, mais qui rachetaient l'orgueil de leur caste par l'énergie de leur patriotisme. Quel que soit mon désir de contredire le moins possible M. Drapeyron, je me vois forcé de l'arrêter quand il affirme que ce patriciat dégénéré conserva son crédit sous les empereurs ; il oublie que la théorie du césarisme romain reposait tout entière sur l'alliance du despotisme et de la démocratie, et que cette alliance était précisément dirigée contre les classes supérieures, que l'un redoutait et que l'autre détestait : sous une pareille forme de gouvernement il peut bien exister des individus nobles, riches, influents, mais il n'y a pas de place pour une véritable aristocratie. Si du sénat impérial on passe aux barons du moyen âge, la solution de continuité me paraît encore plus profonde. Ces nobles de la campagne romaine, qui s'emparent des mausolées d'Auguste ou d'Adrien, des arcs de Constantin ou de Septime-Sévère, et qui s'y établissent comme dans des forteresses pour soumettre à leur autorité tel ou tel quartier de la ville, ne diffèrent en rien des seigneurs féodaux du reste de l'Europe. Ils procèdent comme eux de la conquête ou de l'usurpation ; ils vivent comme eux dans un orgueilleux isolement ; leur politique ne tend qu'à l'agrandissement de leur fief ou à l'accroissement de leurs richesses ; leur règne est celui de la force individuelle, et leur domination turbulente n'a rien de commun avec les graves délibérations, les préoccupations patriotiques, les desseins longuement mûris des fondateurs de l'Etat romain. Il existe au contraire une certaine analogie entre le sénat de l'ancienne Rome et le collége des cardinaux, et M. Drapeyron n'est pas le premier qui l'ait signalée. Les deux assemblées ont réuni des éléments presque identiques de force et de durée ; elles ont possédé l'une et l'autre cette science du gouvernement et cette persévérance de volonté qui sont l'apanage des corps aristocratiques ; mais quelle diversité dans le

mode de recrutement, dans l'étendue des pouvoirs, dans le but poursuivi, dans les moyens employés, et comment admettre qu'après un intervalle de plusieurs siècles, marqué par de si nombreuses et si profondes révolutions, la seconde ait pu recueillir les traditions de la première? — Le système de M. Drapeyron manque donc d'une base solide; ses différentes parties ne sont que juxta-posées, ou du moins le lien qui les unit est plus apparent que réel. Mais il est impossible de lire cette brochure sans être frappé de l'érudition de l'auteur et du tour ingénieux de son esprit. Aussi je n'hesite pas à exprimer le vœu qu'il reprenne un jour ce même sujet et le traite avec tous les développements qu'il mérite. Les publications récentes de Papencordt, de Reumont, de Gregorovius, faciliteront sa tâche. Je ne doute pas qu'une étude approfondie des sources ne l'amène à modifier ses conclusions. En substituant une analyse rigoureuse au procédé synthétique qu'il a jusqu'ici mis en œuvre, il reconnaitra plus clairement le caractère distinctif de chaque époque et pourra restituer à chaque institution sa physionomie particulière. Notre littérature nationale ne possède encore aucun ouvrage sur l'histoire intérieure de Rome depuis la chute de l'Empire; M. Drapeyron serait digne de combler cette lacune par un de ces livres qui font époque dans la science et consacrent d'une manière définitive la réputation d'un écrivain.

EUG. DE ROZIÈRE.

ESSAI SUR LA MISE EN DEMEURE ET SES EFFETS, par JOSEPH PAGET, Docteur en droit, Paris, Ernest Thorin, 1870, in-8, de 300 pages, 4 fr.

En présence des nombreux ouvrages, monographies ou opuscules, qu'a inspirés le droit des obligations, la matière paraît, à première vue, épuisée, et l'esprit hésite à s'aventurer sur un terrain exploré par les inimitables jurisconsultes de Rome et les commentateurs les plus autorisés de nos lois modernes. Néanmoins cette terre féconde recèle encore dans

son sein bien d'utiles matériaux. Elle les tient en réserve comme une récompense offerte à ces patients travailleurs, qui, profitant des voies ouvertes par leurs devanciers, essaient de les pousser plus avant et de marquer une nouvelle étape sur le chemin du progrès.

C'est parmi ces utiles pionniers qu'a voulu se placer, et il y a réussi, l'auteur de l'*Essai sur la mise en demeure*. Si les conséquences de l'inexécution des obligations au point de vue du temps ont attiré l'attention des juristes de toutes les époques, personne, sauf deux auteurs allemands dont les œuvres sont presque ignorées en France, n'avait encore essayé d'élaborer une théorie générale et complète de la mise en demeure. Réunir dans une synthèse puissante les idées éparses dans les compilations de Justinien ou dans les écrits des commentateurs, dégager de leur rapprochement le principe général dissimulé sous des dispositions spéciales, l'essayer au creuset de la raison, déterminer la somme de bien ou de mal qu'il peut engendrer, indiquer les modifications qu'il doit subir pour s'harmoniser avec la marche progressive et libérale de la civilisation, tel est le but qu'a voulu atteindre M. Paget. « Tâche rude, dit-il lui-même, mais attachante « par sa difficulté même, par le plaisir qu'éprouve le cher- « cheur à chaque découverte. » — « Je plains les hommes, « disait J.-B. Say, qui n'ont jamais goûté le bonheur d'être « sur le chemin d'une découverte, de l'entrevoir d'abord au « milieu d'un brouillard qui se dissipe graduellement, de la « saisir enfin après l'avoir longtemps épiée, et une fois qu'on « la tient, de la considérer à loisir, de s'assurer de son « bonheur et... de la divulguer. » Après avoir eu cette joie, M. Paget a voulu nous y faire participer par la lecture de son livre.

C'est un ouvrage fortement pensé et vigoureusement écrit. Il porte la vive empreinte d'un esprit plein de maturité, qui, tout en tirant parti des travaux de ses devanciers, sait combiner et créer une œuvre nouvelle et originale. Ce traité a d'ailleurs été conçu d'après un plan particulier. Au lieu de

suivre la division, devenue banale, en deux ou trois fractions, destinées l'une au droit romain, l'autre au droit moderne, la troisième au droit philosophique ou rationnel, M. Paget a préféré fondre ensemble ces divers aspects d'un même sujet. Si dans cette étude intéressante, çà et là quelques questions de détail ont pu lui échapper, les lignes principales, les traits caractéristiques sont nettement tracés. Cette forte synthèse rappelle la méthode de certains juristes allemands, et nous ne serions pas étonné que Savigny ne fût, pour M. Paget, au nombre de ces livres familiers, auxquels on revient sans cesse avec un plaisir toujours nouveau.

Précédé d'une introduction qui indique les motifs du choix fait par l'auteur, l'ouvrage se divise en deux parties. La première traite des éléments, du caractère et des effets de la demeure ; la seconde, de sa cessation.

Dans le premier chapitre, consacré à une notion générale de la demeure, nous avons remarqué les discussions relatives à l'existence, très-contestable et très-contestée, de deux espèces de demeures, *mora ex persona* et *mora ex re*, et à la nécessité d'une faute imputable au débiteur, élément essentiel de la demeure. La lecture de ces pages fera disparaître les doutes qui pourraient subsister sur la solution de ces deux importantes questions. L'argumentation de M. Paget nous paraît de nature à rallier les dissidents. L'indication des obligations, à l'égard desquelles peut se produire la demeure, donne à l'auteur l'occasion de traiter d'intéressants problèmes relatifs aux rentes viagères et perpétuelles.

Quels sont les éléments de toute mise en demeure, quelles sont les conditions particulières, propres à celle du débiteur ou à celle du créancier, tel est l'objet du second chapitre. Sauf quelques cas très-rares de demeure légale, le principe posé dans l'art. 1139 C. N. est que le débiteur ne peut être constitué en demeure que par une sommation ou autre acte équivalent, ou par l'arrivée du terme, lorsque la convention porte formellement que ce résultat sera produit sans l'intervention du créancier et par la seule échéance du terme. C'est

la disposition fondamentale du sujet, autour de laquelle gravitent toutes les questions qu'il engendre. Elle est étudiée avec soin. L'auteur distingue les actes nécessaires pour constituer le débiteur en demeure des actes interruptifs de prescription. D'éminents jurisconsultes, dans des ouvrages récents, n'ont pas su ou voulu faire cette distinction. Son absence les a entraînés à des conclusions inadmissibles, qu'eux-mêmes rejettent; ce qui rend leur théorie contradictoire et mal assise. Il est vrai que dans le cas d'obligation ayant pour objet une somme d'argent, l'assimilation est inévitable entre la mise en demeure et l'interruption de prescription. La demande en justice, nécessaire pour faire produire à la demeure du débiteur ses effets (art. 1153), sera en même temps un acte d'interruption civile. Mais il est certain aussi que cette assimilation est inexacte à l'égard de toute autre espèce d'obligation, et qu'elle suppose justement acquis ce qui est à prouver. Elle n'est même pas entière dans l'hypothèse d'une obligation de somme d'argent, et en présence de la combinaison des art. 2246 C. N. et 57 Proc. civ., nous croyons, avec M. Paget, que la demande formée devant un juge incompétent ne peut faire courir les intérêts moratoires. En outre ceux-ci doivent être spécialement réclamés, d'après les derniers arrêts de la Cour de Cassation, dont la chambre civile (18 janvier et 14 avril 1869) a abandonné avec raison la jurisprudence erronée, admise par l'arrêt de la chambre des requêtes du 20 novembre 1848.

L'examen des divers cas, dans lesquels la loi a dû de plein droit prononcer la mise en demeure du débiteur, conduit l'auteur à s'occuper de la nature et des effets du compte-courant. La manière dont il envisage cette opération nous paraît exacte, sauf en un point. Affirmer ne suffit pas; il eût fallu démontrer que le compte-courant ne peut exister qu'entre commerçants. Nous le voyons tous les jours mis en usage par des personnes qui n'ont pas cette qualité. Nous sommes bien convaincu que l'auteur ne voudrait pas la leur attribuer par cela seul qu'elles ont un compte-courant chez

un banquier ou chez un commissionnaire en denrées du pays. Leur refuser la faculté d'en user, serait aller à l'encontre d'une nécessité pratique indéniable et créer une restriction dont la loi ne nous offre aucune trace. Aussi croyons-nous qu'il n'y a là qu'une simple inadvertance, et non l'indice d'un système arrêté.

La fameuse règle *Dies interpellat pro homine* donne naissance à une très-belle discussion, où l'auteur se montre bon dialecticien. Créée par quelques interprètes du Digeste, cette vieille maxime mal à propos attribuée au droit romain, est encore acceptée par quelques esprits, comme le sont tant d'autres brocards juridiques, presque toujours détournés de leur véritable sens, appliqués en dehors de leur sphère, et dont cependant la haute sagesse doit arrêter toute demande sur les lèvres de ces questionneurs curieux, avides du *pourquoi* et du *comment*. Que voulez-vous examiner? *Dies interpellat pro homine, res perit domino,* etc. Le droit romain l'a dit; qui donc oserait contredire? Après avoir raconté l'histoire de cet axiome prétendu et indiqué, la controverse existant en France et en Allemagne, M. Paget étudie le fondement de cette règle, en droit romain, au point de vue des principes généraux et des textes spéciaux, dans notre droit ancien et enfin dans le droit moderne. Il démontre avec la dernière évidence qu'elle n'a jamais été admise, ni par l'une ni par l'autre législation, et qu'elle est contraire au sens commun. Si l'expiration du terme valait à elle seule interpellation, que deviendrait en pratique, en présence de ce fait que presque toute dette a un terme fixe, le sens de la règle générale, que la mise en demeure résulte de l'interpellation faite par le créancier? Elle serait illusoire. Et si un acte du créancier n'est plus nécessaire, ne doit-on pas craindre que le débiteur endormi dans une fausse sécurité ne soit surpris par l'aggravation de sa dette? S'il ne faut pas protéger à outrance les débiteurs, si l'extension du crédit est en raison directe des facilités accordées aux créanciers pour le prompt recouvrement de ce qui leur est dû, le législateur ne

peut pas cependant ne pas tenir compte de cette latitude bienveillante, qui existe souvent entre créanciers et débiteurs, et permettre qu'elle cache un piége tendu à celui qu'a rassuré le silence du créancier. L'inertie de ce dernier ne fait-elle pas présumer que l'inexécution ne lui cause aucun préjudice? Pourquoi ce rigorisme à l'égard du débiteur et cette tendresse pour un créancier, auquel le retard n'a pas occasionné de dommage? Pourquoi imposer à l'un une vigilance que ne nécessitent pas les intérêts de l'autre? Aussi croyons-nous que si le nouveau Code civil italien a été bien inspiré en abolissant le délai de grâce et en n'autorisant pas le juge à disposer des droits du créancier, il l'a été moins bien quand il a consacré, dans l'art. 1223, la maxime *Dies interpellat pro homine.*

Suivant toujours le plan tracé, M. Paget, à propos des effets de la demeure (chap. 3), traite successivement des effets communs et des effets particuliers de la demeure du débiteur ou du créancier. Comme les précédentes, cette partie révèle une connaissance approfondie des principes du droit romain et du droit français. Les écrits des jurisconsultes classiques sont cités à propos et l'interprétation donnée à leur pensée est presque toujours d'une parfaite exactitude. M. Paget n'est pas moins familier avec les ouvrages des commentateurs du Code Napoléon et des principaux professeurs de la docte Allemagne.

Rencontrant ensuite les questions de la légitimité du prêt à intérêt et de la limitation légale de l'usure, l'écrivain se prononce avec tous les économistes pour l'abrogation du taux légal. « Enrayez le commerce, dit-il, il brisera ses liens ; car « sa vie est à ce prix. Une seule chose est absolument néces- « saire pour sa prospérité ; c'est la liberté : j'entends une li- « berté sage et éclairée, fondée sur la sécurité, parce qu'elle « repose pour chacun dans le respect du droit d'autrui. Mais « la vie commune et les affaires civiles ont-elles donc un « autre principe et une autre sauvegarde? Ce qui est bon et « utile pour le commerçant sera-t-il faux et nuisible pour le

« non-commerçant?..... La monnaie est une marchandise : « on la vend, on l'achète comme toutes les autres. Le public « ne s'en sert pas en vertu de la volonté du législateur, sui- « vant tel besoin déterminé ou coté par avance; et lorsqu'il « s'en sert, les opérations qui en résultent ne peuvent pas « être prévues dans toutes leurs variations, de telle manière « que l'on puisse dire les conséquences et la portée de tel fait « ou de telle omission. » Nous ne voulons pas effleurer même cette question trop connue, mais nous constatons, à regret, que sur ce point, comme en bien d'autres, hélas ! la France s'attarde et se traîne dans l'ornière de la routine, tandis que d'autres nations s'avancent dans la voie féconde de la liberté.

Enfin après avoir traité de la transmission et de la communication de la demeure à l'égard des cautions, des cocréanciers ou des codébiteurs, source de questions délicates et fines, presque toutes résolues avec justesse, l'auteur de cet Essai s'occupe dans une dernière partie de la cessation de la demeure, en distinguant les cas de purge conventionnelle de ceux de purge unilatérale et forcée. Ce chapitre offre le même ensemble d'heureuses qualités que les précédents.

M. Paget a intitulé son ouvrage *Essai sur la mise en demeure*. Que le lecteur ne se laisse pas surprendre par ce titre modeste. Non, ce n'est pas un simple essai, un de ces écrits dans lesquels l'auteur, sans embrasser tout un sujet, se contente de résumer ses réflexions personnelles sur certains points. C'est un traité *ex professo ;* étude complète, entière, parfaitement coordonnée dans toutes ses parties, cette œuvre est toute imprégnée de ce sens juridique, marque des vrais jurisconsultes. Préparé par de fortes études, M. Paget s'accommoderait peut-être difficilement des applications quotidiennes et contingentes des principes du droit. La science pure l'attire. Nous ne voulons pas dire qu'il ne sache pas accorder aux faits sociaux l'importance qu'ils méritent. Son livre montre au contraire qu'il en tient un compte exact et qu'il se préoccupe des aspects variés que prend un principe,

mis en contact avec les actes de la vie. Mais au lieu d'imiter quelques jurisconsultes et d'étudier ces aspects divisément, il les réunit, les rapproche, pour accuser avec plus de vigueur leur lien commun.

Tout l'ouvrage est écrit dans un langage simple et clair. Correct et limpide, il revêt heureusement des pensées justes, souvent élevées, comme celle par laquelle M. Paget termine son livre : « Tel est le résultat inévitable de ce « système de protection dont nous faisons abus. Cette im- « mixtion constante du pouvoir, quel que soit son nom, « dans nos affaires personnelles, tue notre initiative et « paralyse les transactions. C'est un signe incontestable de « la faiblesse de notre esprit que ce besoin de protection « à tout propos. Nous en avons fait, pour tous les actes de « notre vie, une habitude pernicieuse : nous nous plaignons « souvent de n'avoir pas assez de liberté, et nous semblons « nous faire un devoir de restreindre celle que nous pour- « rions exercer facilement et sans danger. Le plus sûr moyen « de nous former à l'exercice des libertés politiques est de « faire l'apprentissage, bien retardé, de nos libertés civiles. »

H. Bonfils,
Professeur agrégé à la Faculté de Droit de Toulouse.

Archivio giuridico, diretto da Pietro Ellero; Bologne, 1868-1869. Seize livraisons in-8.

J'ai eu maintes fois l'occasion de constater un mouvement de renaissance dans les études juridiques de l'autre côté des Alpes, renaissance qui, suffisamment attestée par la publication d'ouvrages considérables, tels que ceux de MM. Carrara et Mazzoni, se trahit encore par d'autres symptômes non moins significatifs, la création de nouvelles chaires dans plusieurs universités, l'empressement de la jeunesse à se faire inscrire à ces cours instructifs, et la fondation de nombreux recueils de jurisprudence, parmi lesquels : *la Legge, gli Annali di giurisprudenza*

italiana et l'excellent *Archivio giuridico* de Bologne, dont je voudrais m'occuper tout spécialement aujourd'hui.

Criminaliste célèbre et l'un des principaux rédacteurs du Code pénal italien, M. Pietro Ellero, fondateur de cette intéressante Revue, a su grouper autour de lui, à côté des vétérans de la science, une élite de talents plus jeunes, au premier rang desquels je citerai MM. Buniva, Buonamici, Genala, Mazzoni, Padelletti, Scarabelli, Schupfer, Serafini et Vidari. Il ne m'est pas permis, et je le regrette vivement, d'apprécier leurs travaux avec toute l'étendue convenable, mais je veux au moins indiquer superficiellement le mérite de quelques articles qui m'ont le plus frappé parmi ceux dont ils ont enrichi déjà le recueil bolonais, et je parlerai d'abord des trois grandes monographies qui constituent l'apport de M. Ellero : l'Étude sur le nouveau Code pénal italien, l'Essai sur la république de Saint-Marin, et celui qu'il consacre à la législation de la presse.

Membre de la commission chargée de rédiger le projet de Code pénal, M. Ellero, on le comprend, a dû s'exprimer avec beaucoup de réserve sur cette œuvre qui est aussi la sienne ; mais, d'accord avec ses collègues sur les principes fondamentaux, heureux notamment d'avoir obtenu l'abolition de la peine de mort, il éprouvait pourtant le besoin d'appuyer auprès du public et des Chambres par de nouveaux arguments ses objections sur des points de détail, et l'on doit lui savoir gré de la persévérance qu'il met à soutenir ce qui est à ses yeux la cause du droit. Bien que réalisant un immense progrès sur les diverses législations pénales qui régissaient l'Italie jusqu'à ces derniers temps, le projet de Code prête en effet à la critique sur divers chefs importants. Ainsi que le remarque fort bien M. Ellero, le livre 1er, dans son titre III qui traite de l'imputabilité, présente une grave lacune, en ce que les formules qui y sont développées sont loin de contenir toutes les causes « qui excluent ou diminuent l'*élément moral du crime.* » Dans tout ce titre, la pensée du législateur n'est pas exposée avec une clarté suffisante, et dans le

titre IV, si remarquable néanmoins, l'artile 54 où il est parlé de la tentative criminelle (conato criminoso) porte dans sa rédaction les traces évidentes des longues hésitations qui ont arrêté les membres de la commission, alors qu'il s'est agi de trancher ce point délicat de la législation pénale.

Dans le livre second, M. Ellero trouve également à redire à la classification des peines, laquelle lui semble manquer de logique, et bien que ce ne soit là qu'une question de forme, la forme influe parfois assez gravement sur le fond pour qu'il ne soit pas permis de la négliger. Le savant écrivain blâme aussi l'extrême indulgence apportée à la répression de certains délits, indulgence qui trahit évidemment des préoccupations politiques auxquelles doit rester étranger l'impassible législateur; mais, ainsi qu'on devait s'y attendre, les conclusions de cet Essai sont favorables au projet, qui sera, il faut l'espérer, amélioré par les discussions des Chambres, lesquelles ne manqueront pas de profiter des observations ingénieuses et profondément sensées de M. Ellero.

Dans son Etude si complète et si intéressante sur la république de Saint-Marin, l'auteur analyse avec une rare sagacité la constitution et la législation de cet état microscopique; mais, comme c'est là un sujet propre surtout à fixer l'attention de nos voisins, qui retrouvent dans cette heureuse municipalité perdue dans un repli de l'Apennin un débris subsistant de leur glorieux moyen âge, nous passerons immédiatement au troisième écrit de M. Ellero, l'Essai sur les lois répressives en matière de presse, dans l'Europe contemporaine et spécialement en France, en Autriche et en Italie.

L'auteur commence par une appréciation rapide des travaux de ses devanciers, et il rend particulièrement justice aux récents et consciencieux écrits de MM. Vingtain, J. Simon et Batbie; puis, énonçant ses propres théories, il s'attache d'abord à démontrer que la liberté de la presse est un droit naturel; il recherche ensuite quelle en a été l'application chez les deux peuples dont l'histoire a été la plus mêlée depuis cinquante ans à celle de l'Italie, et je n'ai pas be-

soin de dire quelles douloureuses réflexions lui inspire l'examen de notre législation draconnienne de 1852. Il est moins sévère, en revanche, pour la loi autrichienne, qui lui semble contenir çà et là d'heureuses dispositions, mais c'est pourtant avec un vrai sentiment de délivrance qu'il arrive à parler de la loi italienne, laquelle aboutit dans la pratique à une liberté illimitée. Grâce à la tolérance du gouvernement, qui n'a recours qu'à la dernière extrémité aux poursuites devant le jury, c'est en effet le régime anglais qui fonctionne dans la Péninsule depuis bientôt dix ans. Cet essai n'a pas produit, il en faut convenir, des résultats parfaitement satisfaisants ; mais l'auteur ajoute peut-être trop d'importance à ce qu'il appelle « les turpitudes de la presse », car à Florence comme à Paris l'opinion publique fait assez ordinairement justice de tout ce qui est vraiment digne de mépris. Les auteurs de notre future législation sur la presse liront néanmoins avec fruit les chapitres soigneusement étudiés où M. Ellero propose les correctifs qu'on pourrait apporter, selon lui, à la liberté illimitée, et qui se résument dans l'application du droit commun aux « délits » et aux « crimes » du journalisme.

Immédiatement après M. Ellero, et parmi ses plus illustres collaborateurs, je nommerai trois hommes qui, absorbés par leurs graves fonctions, ont voulu pourtant, en signe d'adhésion bienveillante, adresser quelques pages à la Revue naissante. M. Cibrario a fourni pour sa quote-part une belle et longue lettre sur la juridiction administrative, où l'on retrouve la sagesse mais aussi l'extrême prudence de ce magistrat vénéré. Il respecte l'existence des conseils de préfecture, mais dans son système, ce n'est plus le Conseil d'Etat, c'est la Cour des Comptes, qu'il préside, qui tranche définitivement les questions de contentieux administratif.

M. Sclopis, premier président de la Cour de Cassation de Turin, a donné deux articles fort courts, le premier sur « *la Restauration du droit en Italie* », où il caractérise à grands traits la mission que doit accomplir l'*Archivio*, celle de faire

pénétrer dans tous les esprits l'idée du droit, idée qui sous le régime antérieur à 1859 s'était singulièrement oblitérée dans le cerveau des Italiens, et il cite à ce propos une noble parole de Manzoni : « L'œuvre la plus excellente de la justice, c'est le développement de la liberté dans le bien. »

Le second envoi de M. Sclopis est une lettre en langue française adressée à M. Westlake, secrétaire du comité chargé de préparer la rédaction d'un Code international. A propos de deux brochures à lui communiquées par MM. Lawrence et Dudley Field, l'auteur passe en revue et discute successivement divers points de droit international avec sa compétence ordinaire, et sur une des questions principales, il se rallie à la théorie émise par M. Drouin de Lhuys dans son beau *Mémoire sur les Neutres pendant la guerre d'Orient*.

Quant au savant jurisconsulte Ambrosoli, l'*Archivio* lui doit un bel essai sur la *Théorie de la récidive dans le nouveau projet de Code pénal italien*, essai qui n'est qu'un fragment extrait de l'ouvrage qu'il publiera bientôt sur le même sujet, et qui viendra se rattacher, en le complétant, à celui de M. Ellero.

Je n'ai fait qu'indiquer bien sommairement quelques-uns des plus importants écrits insérés dans l'*Archivio*, et pourtant l'espace va me manquer pour signaler encore un certain nombre d'articles excellents, dus à la plume de MM. Mazzoni, Schupfer, Vidari et Serafini. Ce dernier, connu par ses *Elementi di Diritto romano*, et auquel M. Ellero, brisé par la souffrance et le chagrin, vient de transmettre comme au plus digne la direction de la Revue, mérite pourtant une mention spéciale que je ferai aussi courte que possible, pour ne pas offenser la modestie d'un homme qui cherche toujours à s'effacer au profit de ses collaborateurs. Je ne dirai donc rien de ses intéressantes revues périodiques du droit allemand et hollandais, mais je ne puis passer sous silence un lumineux article, où, plus heureux que ses rivaux MM. Arndts, Puchta, Vangerow, Pellat et Keller, il parvient à concilier la loi 36, Dig. *De acquirendo rerum dominio* avec la loi 18, Dig. *De rebus creditis*.

On était généralement d'accord sur ce point que la *justa causa traditionis* signifie tout simplement l'intention des parties de transmettre et d'acquérir la propriété de la chose consignée, cette intention subsistant même au cas où les parties ne s'entendraient pas sur le motif pour lequel l'une transfère et l'autre accepte la chose. Cette proposition est pleinement conforme à ce qu'enseigne Julien dans la loi 36, *De acquirendo rerum dominio* : « Quum in corpus quidem, quod traditur, consentia- « mus, in causis vero dissentiamus, non animadverto cur inef- « ficax sit traditio, veluti si ego credam me ex testamento tibi « obligatum esse ut fundum tradam, tu existimes ex stipu- « latu tibi eum deberi : nam et si pecuniam numeratam tibi tra- « dam donandi gratia, tu eam quasi creditam accipias, con- « stat proprietatem ad te transire, nec impedimento esse quod « circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. »

Cette décision semble par malheur en pleine contradiction avec le passage suivant d'Ulpien : « Si ego pe- « cuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam « accipias, Julianus scribit donationem non esse, magis- « que nummos accipientis non fieri, quum alia opinione « acceperit. Quare si eos consumserit, licet condictione te- « neatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum « voluntatem dantis nummi sunt consumpti. »

La contradiction est flagrante ; « mais, dit M. Serafini, quelles sont les paroles sur lesquelles se sont fondés les interprètes pour rejeter toute conciliation entre les deux textes ? Celles-ci évidemment : « *magisque nummos accipientis non « fieri, quum alia opinione acceperit* ». Mais si nous supposons, comme c'est notre droit, que ces mots sont placés entre parenthèses et qu'ils ne constituent qu'une simple observation, une explication anticipée de ce qu'Ulpien va nous dire, la difficulté s'évanouit à l'instant. »

L'expédient proposé par le professeur bolonais est d'autant plus acceptable que la ponctuation appliquée aux fragments du Digeste est complétement arbitraire, et si l'on procède à un examen attentif du texte entier d'Ulpien, cette opinion,

à laquelle s'est rallié un célèbre jurisconsulte danois, M Schûtze, acquiert un degré de vraisemblable équivalant à la certitude morale. Nous n'en dirons pas davantage sur cet article, que tous ceux de nos lecteurs auxquels la langue italienne est familière voudront certainement étudier dans l'original ; mais, en finissant, nous ne saurions trop engager l'auteur à être moins réservé et à enrichir plus souvent de pareils travaux un recueil déjà si bien accueilli dans le monde de la science, et qui, sous son intelligente direction, semble devoir obtenir un succès toujours grandissant.

AMÉDÉE ROUX.

TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES CASIERS JUDICIAIRES EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER, par O. DESPATYS, substitut du procureur impérial à Reims. Paris, Cosse, Marchal et Ce, 1870, in-8, VIII et 399 pages, 7 fr. 50 c.

Rarement une idée heureuse s'est montrée plus féconde en résultats utiles que celle des casiers judiciaires. A peine le criminaliste distingué qui l'a conçue l'eut-il formulée, qu'elle fut adoptée par les hommes en possession du pouvoir, et bientôt elle passa dans le domaine des faits. Il est inutile de rappeler les avantages qu'on en a tirés. Depuis les premiers essais qui en furent faits, l'institution des casiers a reçu des développements multiples, des perfectionnements considérables, elle a pris place parmi les rouages essentiels de l'administration judiciaire.

Aussi, aujourd'hui, son fonctionnement, les règles qui le gouvernent, les difficultés qu'il présente, sont-il devenus un sujet assez important pour former la matière d'un livre. On n'en saurait imaginer de plus complet que celui que publie M. Despatys. Le nom de l'auteur était déjà connu par un ouvrage sur les présidents des tribunaux de première instance, lequel a été apprécié dans le numéro de juillet-août 1868 de la *Revue historique de droit français et étranger*. M. Despatys a donné à son traité des casiers judiciaires des proportions plus étendues qu'à ce premier

écrit. Pour mieux faire comprendre le mécanisme des casiers, il le décompose et le démonte pour ainsi dire, et présente ainsi avec une parfaite netteté les éléments de chacune des pièces qui le constituent. Dire qu'il n'omet aucun détail de quelque intérêt, qu'il prévoit tous les cas, qu'il examine toutes les solutions, qu'il ne néglige aucune circulaire de la Chancellerie ou du parquet de la Cour impériale de Paris, ce n'est pas encore faire connaître tout son travail. Après avoir épuisé les questions de pratique, M. Despatys aborde la critique de l'institution qu'il étudie et propose certaines réformes pour remédier aux dangers que l'organisation actuelle laisse subsister. Ces dangers sont-ils aussi graves que M. Despatys le pense ? Le moyen qu'il préconise comme devant les écarter produirait-il tout l'effet qu'il en attend ? Nous ne partageons pas entièrement sur ce point sa manière de voir. Quoi qu'il en soit, l'auteur présente à cet égard des idées nouvelles qui demandent à être sérieusement discutées.

Mais la partie la plus nouvelle de son œuvre, c'est celle où il recherche et étudie chez les nations étrangères l'état de la question des casiers. Je dis la question, et non l'institution, car il est des pays où cette institution n'existe pas et n'est représentée par aucun équivalent. L'Italie et le Portugal sont même les seuls Etats où elle fleurisse réellement ; encore le Portugal ne l'a-t-il adoptée que dans ses colonies. Cependant rien n'est plus désirable, au point de vue de la moralisation, de la sécurité publique et de la bonne administration de la justice, que de voir s'établir dans tous les pays civilisés des fondations analogues à celle des casiers et s'opérer entre les différents Etats un échange facile et certain des documents relatifs aux antécédents de leurs nationaux. De plusieurs côtées des efforts sont tentés en ce sens ; le livre de M. Despatys y contribuera certainement en fortifiant et en propageant l'idée de la ligue chaque jour plus nécessaire des honnêtes gens contre le mal.

PAUL CHARPENTIER,
Procureur impérial à Sens.

CHRONIQUE.

Dans ses séances des 23 avril et 7 mai, l'Académie des sciences morales et politiques a élu membres titulaires de la section de législation : MM. Odilon Barrot, précédemment académicien libre, et Pont, conseiller à la Cour de cassation, en remplacement de MM. Delangle et Dumon, décédés.

Par décret impérial, en date du 4 mai, M. Ch. Demangeat, professeur de droit romain à la Faculté de Paris, a été nommé conseiller à la Cour de cassation.

Par un autre décret, en date du 11 mai, M. Beudant, agrégé à la Faculté de droit de Paris, a été nommé profeseur titulaire de Code Napoléon à la même Faculté, en remplacement de M. Frédéric Duranton, décédé.

Par arrêté du Ministre de l'Instruction publique, en date du 14 mai, M. Boistel, agrégé à la Faculté de droit de Grenoble, a été nommé en la même qualité à la Faculté de Paris, en remplacement de M. Beudant.

A la suite du concours ouvert depuis le 1er mars devant la Faculté de droit de Paris ont été nommés agrégés des Facultés de droit :

MM. Guillouard, docteur de la Faculté de Caen ;
Pajet, docteur de la Faculté de Toulouse ;
Chobert, docteur de la Faculté de Paris ;
Guérard, docteur de la Faculté de Rennes ;
Vigié, docteur de la Faculté de Toulouse ;
Alglave, docteur de la Faculté de Paris;
Naquet, docteur de la Faculté de Paris ;
Normand, docteur de la Faculté de Poitiers.

Une commission vient d'être instituée par le ministre de la justice pour préparer la réforme du Code d'instruction criminelle. Elle se compose de MM. Ortolan, professeur à la Faculté de droit de Paris, président ; Faustin Hélie, conseiller à la Cour de cassation ; Bédarride, avocat général à la même cour; Valette, professeur à la Faculté de droit de Paris; Valentin Smith, ancien conseiller à la Cour impériale. Trois jeunes avocats, MM. Adolphe Ollivier, Georges Potier et Elzéar Bonnier-Ortolan rempliront les fonctions de secrétaires.

Paris. Typ. A. Parent, rue Monsieur-le-Prince, 31.

LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE

A ATHÈNES (1).

Messieurs,

1. — J'hésitais à venir vous parler encore d'institutions juridiques que dix années d'études persévérantes m'ont permis de juger plus favorablement qu'on ne le fait d'habitude. J'ai déjà plusieurs fois essayé devant vous de réagir contre l'opinion générale, devenue presque un lieu commun, qui attribue à Rome une grande supériorité juridique, tandis qu'Athènes, si admirable dans la littérature et dans les arts, n'aurait eu qu'une législation rudimentaire et imparfaite. Je me suis efforcé d'établir que, sur beaucoup de points, les Athéniens l'emportaient

(1) Ce mémoire a été lu à la Sorbonne, le 21 avril 1870, devant les délégués des sociétés savantes des départements, réunis sous la présidence de M. Maurice Richard, ministre des beaux-arts, et de M. Amédée Thierry.

L'importante question que j'ai abordée exigerait des développements plus étendus que ceux que l'on trouvera dans ce modeste travail. Mais la durée restreinte du temps accordé à chaque lecteur par les circulaires ministérielles (vingt minutes) m'imposait une grande sobriété. J'aurais pu, sans doute, refondre entièrement l'œuvre primitive. Mais je n'ai pas cru qu'il fût vraiment nécessaire de modifier la forme concise que j'avais donnée à ma pensée en la soumettant au comité des travaux historiques.

Une assez longue discussion, dont le *Journal Officiel* du 22 avril 1870 a rendu sommairement compte, s'est engagée sur les conclusions auxquelles je suis arrivé. J'ai constaté, avec bonheur, que tous les délégués qui y ont pris part, en faisant des réserves quant à l'adoption par les Athéniens du principe de la liberté de conscience, ont été unanimes à reconnaître que, dans la pratique au moins, la tolérance fut toujours très-grande à Athènes.

Le FAIT certain de la tolérance, appuyé par cette circonstance qu'on ne trouve, dans les auteurs athéniens, aucune allusion à des lois restrictives, ne rend-il pas très-vraisemblable le DROIT à la tolérance?

sur les Romains par la justice et par l'équité. Une nouvelle protestation était-elle indispensable et l'accueil bienveillant que vous avez fait à mes communications antérieures ne suffisait-il pas à la démonstration de ma thèse?

Une phrase récemment écrite par un de nos plus éminents publicistes a fait cesser mes incertitudes. « Se peut-il, demande M. Laboulaye, que le peuple de l'antiquité le plus éclairé, le plus humain, le plus artiste, n'ait pas fait passer dans ses institutions les idées qui l'ont rendu immortel? Quoi! ces Athéniens, pour qui Platon écrivait sa République, n'entendaient rien à la justice?... En vérité, ce serait là un prodige inconcevable » (1).

J'enregistre avec bonheur cette précieuse confirmation des idées que j'ai défendues; mais je dois cependant faire une réserve. Les législateurs athéniens seraient en droit de se plaindre si on jugeait leur œuvre uniquement d'après les spéculations de leurs contemporains. Il est facile de se convaincre, en effet, que les lois positives d'Athènes étaient, à certains points de vue, supérieures aux conceptions des philosophes les plus éminents.

Les exemples que j'ai présents à l'esprit sont nombreux. Je ne veux en citer qu'un seul, et je l'emprunte à un sujet bien digne de fixer l'attention des historiens du droit : la liberté de conscience, la liberté du culte privé.

2. — « Voici, dit Platon, une loi qui concerne tous les citoyens sans exception : que personne n'ait chez soi d'autel particulier. ἱερὰ μηδὲ εἷς ἐν ἰδίαις οἰκίαις ἐκτήσθω. Si quelqu'un veut offrir un sacrifice, il ira le faire dans les temples publics (2).... Si l'on découvre qu'une personnea un autel privé et qu'elle sacrifie ailleurs que

(1) *Revue de Législation ancienne et moderne*, t. I, 1870, p. 11.
(2) *Leges*, x, éd. Didot, 459, 45; cf. 460, 18; Steph. 909 et 910.

dans les temples, lorsqu'elle ne sera pas déjà notée comme impie, les magistrats lui ordonneront de transporter son autel dans les temples, et, si elle refuse de le faire, elle sera mise à l'amende jusqu'à ce qu'elle ait obéi. Lorsqu'elle sera déjà notée comme impie, on la punira de mort » (1).

Platon n'admet donc pas la liberté des cultes, même dans l'intérieur du domicile du citoyen, et sans aucune manifestation de nature à troubler l'ordre public.

A Rome, Cicéron sera en apparence plus libéral que Platon ; il permettra le culte domestique ; mais, comme il défendra de l'adresser à des Divinités nouvelles ou étrangères, qui n'auront pas encore été admises aux honneurs du culte public, — « separatim nemo habessit Deos, neve « novos, sive advenas, nisi publice ascitos, privatim co- « lunto » (2), — en réalité, l'orateur romain ne sera guère plus favorable à la liberté de conscience que ne l'était avant lui le disciple de Socrate (3).

Le droit positif d'Athènes n'édictait pas de restrictions de ce genre. Chaque personne pouvait impunément adopter la croyance religieuse qui lui paraissait la meilleure, à la condition toutefois de respecter les cultes légalement reconnus. — Ai-je eu raison de dire que la République idéale de Platon ne nous indique pas toujours exactement le degré de civilisation que les lois réelles avaient atteint?

L'opinion que je viens de formuler n'étant pas admise par d'excellents esprits, très-versés dans la connaissance

(1) *Leges*, x, éd. Didot, 460, 19 ; Steph. 910.

(2) *De Legibus*, II, c. 8, § 19.

(3) « Suosque Deos aut novos aut alienigenas coli confusio- « nem habet religionum et ignotas cæremonias sacerdotibus. » Cicéron, *de Legibus*, II, c. 10, § 25.

des antiquités grecques (1), je dois en prouver l'exactitude et je réclame de votre bienveillance habituelle quelques minutes d'attention.

3. — Il faut d'abord se résigner à reconnaître qu'aucune prohibition ne pouvait s'appliquer aux étrangers qui étaient venus établir leur domicile dans l'Attique. Comment admettre, en effet, que les Athéniens, dont tous les efforts tendaient à accroître le nombre des métèques, et qui étaient renommés pour leur bienveillance envers les étrangers, aient enlevé à ceux qui répondaient à leur appel le droit d'honorer les Dieux de leur pays natal ?

Et lorsqu'un de ces étrangers, après des services rendus à la République, était élevé à la dignité de citoyen, pouvait-il être raisonnablement astreint à répudier le culte de ses ancêtres, sous le prétexte que la Divinité à laquelle il adressait ses hommages n'était pas reconnue par les lois de l'Attique ?

(1) Parmi les auteurs qui ont soutenu que la liberté de conscience avait été proscrite par les lois d'Athènes, trois surtout jouissent d'un crédit mérité, et leurs œuvres renferment toutes les raisons qu'on peut alléguer en faveur de leur thèse :

Samuel Petit, qui, au XVIIe siècle, formulait ainsi son opinion : « Ne quis novos habessit Deos lege cavebatur ; qui secus fecerat « in jus apud Areopagitas vocabatur. » (*Leges atticæ*, éd. Wesseling, Leyde, 1742, p. 70) ;

Heffter, qui rangeait parmi les délits donnant passage à l'action d'impiété le culte des Divinités et des Héros non reconnus par la loi : « die Verehrung von nicht anerkannten Gottheiten « und Heroen » (2) (*Die athenæische Gerichtsverfassung*, Cologne, 1822, p. 147) ;

Hermann, enfin, l'un des hommes qui, au XIXe siècle, ont le plus contribué à développer et à vulgariser la science des institutions anciennes (*Lehrbuch der griechischen Antiquitæten*, Gottesdienstliche Alterthümer, § 10). — Cf. Meier, *der attische Process*, Halle, 1824, p. 301, et Platner, *der Process und die Klagen bei den Attikern*, Darmstadt, t. II, 1825, p. 138.

Je répondrai successivement aux principaux arguments sur lesquels ils se sont fondés.

Aussi Aristophane se moque-t-il des Dieux d'Exécestide, personnage d'origine carienne (1), qui, malgré ses prétentions ambitieuses au titre d'Athénien, ne pouvait honorer que des Divinités barbares comme le pays où il avait reçu le jour,

Βάρβαροι Θεοὶ
ὅθεν ὁ πατρῷός ἐστιν Ἐξηκεστίδης (2).

Hérodote nous apprend qu'Isagoras, fils de Tisandre et chef du parti opposé à Clisthène, appartenait à une maison illustre, dont il ne peut dire exactement l'origine, mais qui sacrifiait à Jupiter carien (3).

Tempérée par les réserves que je viens d'indiquer, et qui me paraissent évidentes, la thèse contraire à la liberté de conscience est plus vraisemblable. Je ne crois pas cependant qu'il soit permis de l'adopter.

4. — On ne peut citer en sa faveur que deux témoignages explicites. Ils émanent tous les deux d'écrivains étrangers à l'Attique et qui vécurent longtemps après l'époque où la République athénienne cessa d'être florissante. Mais leur opinion est exprimée en termes si énergiques et si précis qu'on est excusable de croire, à première vue, qu'ils l'ont empruntée à des documents d'une authenticité certaine.

Je citerai d'abord le texte de l'historien Josèphe, qui vivait au premier siècle de notre ère. « Les Athéniens, dit-il, mirent à mort la prêtresse Ninus, qui était accusée d'avoir cherché à introduire dans l'Attique le culte de Dieux étrangers, ὅτι ξένους ἐμύει Θεούς. Ce fait tombait sous les prohibitions de la loi, et celui qui transgressait la dé-

(1) *Aves*, v. 763.
(2) *Aves*, v. 1525.
(3) Hérodote, livre v, 66.

fense encourait la peine capitale : Νόμῳ ἦν τοῦτο παρ' Ἀθηναίοις κεκωλυμένον καὶ τιμωρία κατὰ τῶν ξένον εἰσαγόντων θεὸν ὥριστο θάνατος (1).

Au Ve siècle, le grammairien Servius ne fait guère que reproduire dans une autre langue les expressions mêmes de Josèphe : « Cautum fuerat apud Athenienses ne quis « novas introduceret religiones » (2).

Est-il permis d'accorder une confiance absolue à ces deux auteurs, imparfaitement renseignés sur les institutions athéniennes? L'historien juif, notamment, n'est pas toujours un narrateur fidèle des faits qui s'accomplirent en Palestine. Comment aurait-il droit à une foi aveugle lorsqu'il parle de peuples auxquels il est étranger?

Je vois dans Josèphe deux choses distinctes : le fait même de la condamnation de Ninus et la cause de cette condamnation.

Que la prêtresse Ninus ait été condamnée à mort par les tribunaux athéniens, je ne veux pas le nier. Car le témoignage de Josèphe est confirmé par le scholiaste de Démosthène et par Denys d'Halicarnasse.

Sa condamnation fut-elle motivée par l'introduction de Dieux étrangers? — Josèphe l'affirme; mais le scholiaste donne une autre raison plus vraisemblable, et les détails précis dans lesquels il entre ne nous permettent pas de croire qu'il ait obéi, en l'indiquant, aux caprices de son imagination. « Ninus, dit-il, fut mise à mort

(1) Josèphe, *adversus Apionem*, II, 37, éd. Didot, t. II, p. [illegible] — Les éditions portent habituellement : Νῦν μὲν γάρ τινα ἱέρειαν [illegible] τειναν...; mais le mot Νῦν ne présente aucun sens. Aussi [illegible] adopter la correction proposée par M. Lobeck, *Aglaophamus* [illegible] *de theologiæ mysticæ Græcorum causis*, Kœnigsberg, 1830, p. [illegible] et lire : Νίνον μὲν γάρ κτλ.

(2) Servius, *ad Æneidem*, VIII, 187.— Servius ajoute : « [illegible] « Socrates damnatus est »; ce qui est inexact, comme on le [illegible] plus tard.

comme empoisonneuse ; ἐπὶ φαρμάκοις τέθνηκεν. Son accusateur était Ménéclès qui lui reprochait de composer des philtres et de les livrer aux jeunes gens ; κατηγόρησε δὲ ταύτης Μενεκλῆς ὡς φίλτρα ποιούσης τοῖς νέοις » (1).

Denys d'Halicarnasse fortifie l'autorité du scholiaste en classant parmi les discours de l'orateur Dinarque un plaidoyer que le fils de Ninus prononça contre Ménéclès, l'accusateur de sa mère : Μενεκλῆς, ὁ τὴν ἱέρειαν Νῖνον ἑλών (2).

Le scholiaste, si exactement renseigné, a pu avoir sous les yeux le réquisitoire de Ménéclès, ou le discours du fils de Ninus contre Ménéclès, et reconnaître par la lecture attentive de leurs œuvres les véritables griefs articulés contre la malheureuse prêtresse, tandis que Josèphe a raisonné seulement par voie de conjectures.

Peut-être même l'historien juif a-t-il subi l'influence de ses préoccupations personnelles en voulant retrouver dans l'Attique une disposition législative qui était en vigueur dans la Judée et qu'il cherchait à justifier par l'exemple des autres nations. « Vous n'aurez pas de Dieux étrangers, » disent plusieurs fois les livres mosaïques. « Non habebis Deos alienos coram me... (3). Noli adorare Deum alienum... (4). Non erit in te Deus recens « neque adorabis Deum alienum... » (5). Le Pentateuque défendait même de prononcer le nom des Divinités honorées par les peuples voisins : « Neque audietur ex ore « vestro (nomen externorum Deorum). » (6).

Josèphe aura su que Ninus avait cherché à introduire

(1) *Scholia in Demosthenem*, Reiske, 431, 25 ; Didot, *Oratores attici*, II, p. 655.

(2) *Oratores attici*, éd. Didot, t. II, p. 450.

(3) *Exode*, xx, 3 ; cf. xxiii, 24. — *Deutéronome*, v, 7 ; vi, 14.

(4) *Exode*, xxxiv, 14.

(5) *Psalmorum liber*, 80, 10.

(6) *Exode*, xxiii, 13.

dans Athènes le culte de Sabazius ; il aura lu qu'elle avait été condamnée à mort. Imbu des idées israélites, avec sa légèreté habituelle, qui est aujourd'hui reconnue, non-seulement par les théologiens catholiques, mais encore par les docteurs juifs eux-mêmes, il aura rattaché les deux faits l'un à l'autre, sans rechercher s'ils étaient unis par un lien véritable.

Que l'on jette d'ailleurs un coup d'œil rapide sur les autres accusations que Josèphe rapproche de celle de Ninus, et l'on ne tardera pas à se convaincre que toutes ont été motivées par des irrévérences envers les Dieux.

Anaxagore de Clazomène, l'ami de Périclès, fut condamné par défaut à la peine du bannissement parce que ses opinions étaient contraires aux dogmes religieux admis ; il se refusait notamment à voir un Dieu dans le globe du soleil et n'y reconnaissait qu'une masse ardente. Aussi l'action qui fut intentée contre lui portait le nom d'action d'impiété.

Diagoras de Mélos fut également poursuivi pour ses doctrines irréligieuses.

Socrate, d'après l'acte d'accusation présenté par Mélétus, était inquiété, non parce qu'il était un novateur en religion, mais parce que, ne croyant pas aux Dieux reconnus par la République, il cherchait à détourner de leur culte les personnes sur lesquelles il avait quelque influence (1).

(1) Socrate avait le tort de dire, ne fût-ce qu'en plaisantant, qu'il recourait aux philtres, aux enchantements, etc. (*Memorabilia*, III, c. XI, §§ 16-17).— Il ne faut pas oublier, d'ailleurs, l'époque de la condamnation du grand philosophe, époque de troubles, de révolutions, où les lois furent peu respectées. Platon lui-même en fait la remarque : « Beaucoup d'événements regrettables arrivèrent pendant ces jours de trouble et d'agitation. Il n'y avait rien d'étonnant, sans doute, à ce que des ennemis profitassent des révolutions pour se venger de leurs ennemis ;

N'est-il pas raisonnable alors de croire que Ninus, dont le nom vient aussitôt après celui de ces illustres personnages, avait paru coupable du même crime? Elle abusait de l'ascendant que lui donnait son titre sacré pour corrompre la jeunesse, elle outrageait les Dieux nationaux, et une action d'impiété fut intentée contre elle.

Écartons donc l'argument principal de mes adversaires et voyons quelles raisons indirectes de décider peuvent leur offrir les auteurs athéniens de l'époque classique.

5. — Hermann, le savant philologue de l'Université de Gœttingue, s'appuyait sur un passage du discours que Démosthène prononça contre Eschine accusé de prévarications dans une ambassade vers Philippe. — « Vous avez, dit l'orateur, appliqué les lois dans toute leur sévérité à des citoyens qui, par leurs services personnels, ou par ceux de leurs ancêtres, avaient bien mérité de la République ; et vous pourriez absoudre le fils du grammairien Atrométos et de cette Glaucothée qui dirigeait des chœurs de Sabaziens ; rappelez-vous que, pour ce dernier fait, vous avez autrefois puni de mort une autre

on peut même trouver que les exilés, après leur retour, montrèrent beaucoup de modération. Malheureusement notre ami Socrate fut au nombre des victimes ; quelques hommes puissants le traduisirent devant les tribunaux, en l'accusant indignement d'un crime dont il n'était nullement coupable. » (*Epistola VII*, éd. Didot, t. II, p. 528). — Au milieu des contradictions des auteurs anciens, il est bien difficile de reconnaître quel fut le véritable motif de la condamnation de Socrate; mais, en y réfléchissant bien, je ne serais pas éloigné de croire, avec Fréret, que Socrate fut victime, non pas de ses opinions religieuses, mais d'une réaction démocratique. L'orateur Eschine le disait aux Athéniens : « Vous avez mis à mort Socrate le sophiste, parce que vous voyiez en lui le maître de Critias, l'un de ces Trente qui renversèrent la démocratie. » (*C. Timarchum*, § 173, Didot, p. 59.)

prêtresse.... τὸν Γλαυκοθέας, τῆς τοὺς θιάσους συναγούσης ἐφ' οἷς ἑτέρα τέθνηκεν ἱέρεια » (1).

Remarquons d'abord, chose notable, que, malgré ses démonstrations publiques en faveur de Sabazius, Glaucothée ne fut pas poursuivie.

Quant à l'autre prêtresse dont l'orateur rappelle la condamnation, c'était encore, d'après le témoignage du scholiaste, la prêtresse Ninus, λέγει δὲ τὴν Νίνον λεγομένην (2). Or, nous savons maintenant quel était son véritable crime. On lui reprochait, non pas d'honorer Sabazius, mais bien de livrer aux jeunes amoureux des philtres et des breuvages enchantés (3).

Glaucothée n'eut peut-être de commun avec Ninus que ses démarches en faveur d'une Divinité étrangère. Mais Démosthène, dans sa haine contre Eschine, ne recherchait pas avec soin les limites qu'il devait respecter dans son parallèle entre les deux femmes. Ninus était prêtresse de Sabazius, et elle fut condamnée à mort. Glaucothée, comme elle prêtresse de Sabazius, ne devait-elle pas subir la même peine ?

6. — Hermann invoquait encore l'autorité de Plutarque. Cet historien, dans la biographie qu'il a consacrée

(1) Démosthène, *de falsa Legatione*, § 281, Reiske, 431.

(2) *Scholia in Demosthenem*, Reiske, 431, 25 ; éd. Didot, p. 635.

(3) Les opérations magiques accompagnées de maléfices ont toujours été punies très-sévèrement dans l'Antiquité. Le papyrus magique Harris contient le jugement et la condamnation à mort de l'égyptien Haï, accusé d'avoir fabriqué des philtres d'amour, d'avoir paralysé les membres des hommes, et d'avoir commis d'autres grands crimes en disant : « qu'ils se produisent » et en les faisant « se produire. » Voir M. Thonissen, *Études sur l'Histoire du droit criminel des peuples anciens*, Bruxelles, 1869, t. II, p. 219-230. — Pour les Hébreux, l'Exode dit : « Maleficos non « patieris vivere. » XXII, 18. Cf. *Lévitique*, XIX, 31 ; XX, 6 ; et *Deutéronome*, XVIII, 10.

à Démosthène, a noté une accusation que le grand orateur dirigea contre la prêtresse Théoris, et il nous apprend que l'accusée fut condamnée à mort et exécutée (1).

Je ne vois pas trop quel argument le savant auteur des *Antiquités religieuses de la Grèce* pouvait tirer de ce texte. Plutarque, en effet, ne nous dit pas que Théoris fut condamnée comme prêtresse d'une divinité étrangère. Bien loin de là, il déclare que cette femme avait commis des délits très-nombreux et que, entre autres choses, elle enseignait aux esclaves l'art de tromper leurs maîtres.

Plutarque n'est pas, d'ailleurs, seul parmi les anciens à parler de la mort de Théoris. Démosthène lui-même, qui la fit condamner, rappelle, dans le premier discours contre Aristogiton, « l'exécution de cette odieuse Lemnienne, Théoris l'empoisonneuse, Θεωρίδα τὴν φαρμακίδα, qui distribuait des poisons et des philtres, et qui périt avec toute sa famille » (2). Harpocration qualifie cette femme de magicienne, μάντις, et ajoute qu'elle succomba sous une accusation d'impiété (3).

Nous sommes donc autorisés à croire que Théoris fut, comme Ninus, poursuivie, non parce qu'elle cherchait à introduire dans la République un culte nouveau, mais parce qu'elle abusait de ses fonctions sacrées pour se livrer à des maléfices et pour corrompre ceux que son devoir était de former à la vertu.

7. — Il me serait aussi facile de répondre aux autres arguments que l'on pourrait être tenté de m'opposer.

Le sophiste Protagoras avait écrit un livre qui débutait par ces mots : « Je ne sais s'il y a des dieux, ni quels sont leurs attributs ; l'obscurité du sujet, la brièveté de la vie

(1) Plutarque, *Vie de Démosthène*, c. 14.

(2) Démosthène, *C. Aristogitonem*, 1, § 79, Reiske, 793, 26.

(3) Harpocration, éd. Bekker, 97, 21; cf. Suidas, éd. Bernharhy, p. 1159, et *Scholia in Demosthenem*, éd. Didot, p. 736.

humaine et mille autres causes m'interdisent cette connaissance. » L'indignation des Athéniens fut si grande que l'auteur dut quitter le pays ; son livre fut brûlé sur la place publique et un héraut invita les citoyens qui en possédaient des exemplaires à les jeter dans le bûcher(1). — Mais Protagoras ne fut ni condamné, ni poursuivi. On le chassa d'Athènes, sans jugement, pour éviter que son enseignement irréligieux ne corrompît les jeunes gens qui suivaient assidûment ses leçons.

Plus tard, lorsque saint Paul comparut devant l'Aréopage, il n'était accusé d'aucun délit. Il prêchait cependant une Divinité nouvelle : « Novorum dæmoniorum videtur annuntiator esse » (2). Mais les Athéniens, loin de lui faire un crime de sa foi, lui demandaient un exposé public et solennel de sa doctrine. « Nova quædam infers auribus nostris : volumus ergo scire quidnam velint hæc esse » (3). Et, quand l'apôtre eut terminé son discours, ils ne l'arrêtèrent pas ; ils lui donnèrent toute liberté de se retirer à Corinthe : « Paulus exivit de medio eorum » (4); et aucunes poursuites ne furent dirigées contre ceux de ses auditeurs qui se déclarèrent convaincus par son enseignement.

8. — Je crois avoir établi qu'aucun des textes allégués contre la liberté de conscience n'est décisif, et il m'est permis de répéter que chaque citoyen, dans son for intérieur, et à la condition de ne pas dépasser les limites de la profession et du culte individuels, jouissait d'une liberté complète (5).

(1) Diogène Laërce, IX, §§ 51-52 ; Sextus Empiricus, *adv. Math.*, IX, 56.

(2) *Actus Apostolorum*, XVII, 18.

(3) *Eod. loc.*, XVII, 20.

(4) *Eod. loc.*, XVII, 33.

(5) Je peux citer comme favorables à l'opinion que j'ai défendue:

Est-ce à dire qu'il n'y eût aucune différence entre les citoyens qui admettaient les Divinités reconnues par les lois de l'Attique, ceux que j'appellerai les *orthodoxes*, et les *hétérodoxes?* Non assurément, et les premiers jouissaient de certains priviléges. Seuls, notamment, ils pouvaient remplir les fonctions d'archonte. Car, dans l'examen auquel étaient soumis les citoyens que le sort avait désignés pour cette haute magistrature, on recherchait s'ils honoraient les dieux protecteurs de la cité : Apollon Patrôos et Zeus Herkeios : εἰ Ἀπόλλων ἔστιν αὐτοῖς πατρῷος καὶ Ζεὺς ἕρκιος (1). Il est même probable que les stratéges et les autres magistrats étaient soumis à la même exigence (2).

Mais, enfin, la conscience du citoyen était libre. Il pouvait, dans l'enceinte de sa maison, honorer le Dieu qu'il avait choisi, et attendre patiemment le jour où ce Dieu serait admis à figurer parmi les Divinités officiellement reconnues.

9. — On affirme trop aisément de nos jours que les modernes ont les premiers accordé à l'action individuelle une certaine mesure de liberté. Les sociétés anciennes, ne sacrifiaient-elles pas complétement l'individu à l'État? — Cela est vrai de Sparte. Cela est également vrai, quoique à un degré inférieur, de ces sociétés idéales dépeintes par Platon et par Aristote. Mais rien n'est moins exact si l'on songe à la démocratie athénienne (3).

Lobeck, *Aglaophamus seu de Theologiæ mysticæ Græcorum causis*, p. 667, et Schœmann, *de Religionibus exteris apud Athenienses*, Greifswald, 1857. Cf. *Griechische Alterthümer*, 2e édit., t. II, 1863, p. 159.

(1) Pollux, *Onomasticon*, VIII, 85.

(2) Voir Démosthène, *C. Eubulidem*, § 67, Reiske, 1319. — Cf. Dinarque, *C. Aristogitonem*, § 17 : εἰ ἱερὰ πατρῷα ἔστιν ; quelques éditions, il est vrai, entre autres celle de Didot, *Oratores attici*, t. II, p. 177, portent : εἰ ἠρία πατρῷα ἔστιν.

(3) M. Grote l'a merveilleusement démontré.

Et voilà pourquoi il ne faut pas juger les institutions politiques d'Athènes d'après les conceptions des philosophes, presque tous disposés à imprimer sur la société, avec une lourde et oppressive uniformité, le type qu'ils avaient conçu, et à blâmer, comme une licence excessive, la liberté et la diversité que présentait à Athènes la vie des citoyens.

E. Caillemer,
Professeur à la Faculté de droit
de Grenoble.

DE L'EXPROPRIATION

POUR

CAUSE D'UTILITE PUBLIQUE

EN DROIT ROMAIN

La protection que les lois accordent aux droits privés ne peut évidemment dépasser les limites au delà desquelles l'exercice de ces droits porterait préjudice à d'autres intérêts individuels ou collectifs. L'Etat a donc incontestablement le pouvoir de réglementer la propriété. Quelle est l'étendue de ce pouvoir ? Peut-il aller dans certains cas jusqu'à la dépossession complète du citoyen ? Tel est le problème que les différentes civilisations sont appelées tour à tour à résoudre.

A l'origine de tous les peuples, entre le droit de propriété mal défini et d'impérieuses nécessités, l'hésitation est impossible, et la propriété vaincue d'avance ; mais ensuite, quand un pouvoir plus régulier a pris en main la cause de l'intérêt général, et veut entreprendre les travaux que réclame le développement de la prospérité publique, il trouve la propriété organisée de son côté, et alors s'engage une lutte, dont les résultats, différents suivant les mœurs et les époques, font ressortir à merveille le caractère propre de chaque société. Sous un gouvernement absolu, la volonté du prince ou des magistrats surmonte toutes les résistances, et, si l'on accorde une compensation au propriétaire dépossédé, c'est seulement par un sentiment naturel d'équité. Au contraire, à peine constituées, les sociétés aristo-

cratiques travaillent à assurer la conservation des fortunes ; l'état s'interdit comme impolitique toute atteinte à la propriété , et ce respect grandit jusqu'à tenir en échec les considérations les plus graves d'intérêt général, lorsqu'il se rencontre des particuliers assez riches pour refuser toutes les offres. Enfin, entre ces deux extrêmes, quelques législations à la fois démocratiques et libérales ont adopté un tempérament, en reconnaissant à l'Etat le droit de s'emparer de la propriété, mais en subordonnant ce droit à l'obligation absolue d'indemniser les citoyens.

Les rapports entre la puissance publique et la propriété privée sont particulièrement intéressants à étudier chez les peuples où l'on rencontre tout ensemble le culte de l'Etat et le respect des droits individuels. Sous ce rapport, la civilisation romaine mérite plus que toute autre d'attirer notre attention. Lorsqu'on parcourt les monuments si complets qu'elle nous a laissés sur la plupart des matières du droit, l'on éprouve un certain étonnement à comparer le petit nombre des textes qui peuvent jeter quelque lumière sur la question, avec la quantité prodigieuse de grands travaux publics entrepris par les Romains. Ce rapprochement a conduit quelques auteurs à penser qu'à Rome la propriété fut toujours respectée (1); à d'autres il a fait supposer, au contraire, l'existence d'une législation spéciale qui ne nous serait pas parvenue (2). La première de ces opinions s'écarte évidemment de la vérité historique, la seconde ne repose, à vrai dire, sur aucun fondement sérieux. M. de Fresquet, dans un

(1) Proudhon, Domaine public, II, 198 ; Dumay, Commentaire sur les chemins vicinaux, I, 194 ; Laboulaye, Histoire du droit de propriété, II, 2.

(2) M. Garbouleau, thèse pour le Doctorat, Paris, 1859.

long et intéressant article publié par la Revue Historique (1860, p. 97) s'est efforcé d'établir que « la *plena in re* « *potestas* pouvait être enlevée aux particuliers pour « cause d'utilité publique, que le propriétaire recevait « ordinairement une indemnité calculée judiciairement, « enfin que cette indemnité, le plus souvent fixée en ar- « gent, était payée préalablement à la prise de posses- « sion. » M. Serrigny, sans aller aussi loin, enseigne que « le principe de l'expropriation pour cause d'utilité pu- « blique existait dans le droit romain, mais que ce prin- « cipe, non réglé par la constitution et les lois, s'exer- « çait arbitrairement » (1).

Avec des données aussi vagues que celles que nous possédons, on est réduit forcément à de simples conjectures en ce qui concerne l'expropriation pour cause d'utilité publique. Dans cet état de la question, il nous paraîtrait difficile d'admettre l'existence de ce droit exceptionnel, et en tout cas le système de M. de Fresquet et même celui de M. Serrigny seraient beaucoup trop absolus.

On peut reprocher d'abord à ces deux auteurs de n'avoir envisagé qu'une seule époque du droit romain, l'époque impériale, la moins importante peut-être à notre point de vue. En effet, pour avoir une idée exacte de la législation d'un peuple sur une matière qui touche d'aussi près au droit politique, il semble qu'on doit s'attacher au moment où les institutions de ce peuple ont fonctionné régulièrement, plutôt qu'à une période pendant laquelle elles se sont trouvées détournées de leur but, et faussées dans leur esprit. Il est d'autant plus nécessaire de suivre cette méthode pour l'étude de la législation romaine que, d'après tous les historiens, la substitution de

(1) Droit public et administratif romain, II, n° 953.

l'empire à la république s'opéra d'une manière presque insensible et, pour ainsi dire, à l'ombre des lois républicaines que les empereurs affectèrent toujours de respecter (1). Si donc nous trouvons la propriété garantie d'une façon complète pendant la république, ne serons-nous pas autorisés à penser que cette inviolabilité subsista, sinon en fait, du moins en droit, pendant l'empire, et, dès lors, ne faudra-t-il pas en conclure que les cas de dépossession forcée dont on peut rencontrer des exemples, ne furent que des abus de pouvoir et non l'application d'un principe.

Or, tout ce que nous savons de la société romaine nous confirme dans cette opinion. Le caractère particulier de la propriété à Rome permet difficilement de penser qu'un citoyen ait jamais pu être dépossédé de sa chose pour l'utilité de tous, et des considérations spéciales font parfaitement comprendre comment ce respect du droit privé pouvait se concilier avec les exigences de l'intérêt général.

A Rome, dit M. Fustel de Coulanges (2), ce ne sont pas les lois qui garantissent d'abord la propriété, c'est la religion (3). Chaque domaine est placé sous la protection de ses divinités tutélaires prêtes à repousser le voleur et à écarter l'ennemi (4). La maison est un temple, le foyer un autel, le champ une sépulture héréditaire. Dès l'origine, le Terme inamovible est déifié comme le représentant du culte domestique (5). Le tombeau ne peut jamais être détruit ni déplacé, et, lorsqu'une famille vend le do-

(1) Montesquieu, Grandeur et décadence des Romains, ch. XIII Saint-Evremond, ch. XVII.

(2) La Cité antique, ch. IV (Paris, 1868).

(3) Ovide, *Fastes*, V, 141; Tibulle, liv. I, 23; Cicéron, *de Legibus*, II, 11.

(4) Cicéron, *Pro domo*, XLI; Macrobe, I, 23; Ovide, *Fastes*, VI, 299.

(5) Cicéron, *de Legibus*, I, 21; Festus, v° *Terminus*.

maine où est sa sépulture, la loi exige qu'elle reste propriétaire du tombeau, et qu'elle conserve à jamais le droit de traverser le fonds pour aller accomplir les cérémonies funèbres (1). Aussi voyons-nous la vente de la propriété, d'abord interdite, puis soumise à certaines formalités d'un caractère religieux. C'est pour la même raison que la loi des douze tables donne pour gage au créancier la personne même de son débiteur et non sa chose. Ne fallait-il pas, en effet, par tous les moyens possibles, attacher l'homme à cette terre qu'il doit défendre chaque jour les armes à la main ? Supposer qu'on pouvait à cette première époque enlever au citoyen sa propriété en dehors de ces cas d'absolue nécessité où toutes les lois sont suspendues, c'est supposer un acte à la fois impolitique et sacrilége de la part d'un gouvernement habile entre tous et religieux jusqu'à la superstition.

Mais, indépendamment du sentiment religieux, il y avait encore pour la propriété une seconde garantie qui survécut à la première : pour remplir les vides faits par la guerre, il avait fallu donner le droit de cité à une partie des peuples vaincus ; la classe moyenne décimée sur les champs de bataille ou disséminée dans les colonies avait peu à peu cédé la place à ces nouveaux venus sans patrimoine. Les patriciens se trouvèrent donc en peu de temps seuls maîtres du sol, si bien qu'un siècle avant l'ère chrétienne, il n'y avait même plus deux mille citoyens qui fussent propriétaires (2). Or, quand on songe que depuis la chute des rois jusqu'aux guerres civiles qui préparèrent l'empire, le pouvoir fut presque exclusivement exercé par ces mêmes patriciens (3), on est forcé d'admettre que la

(1) Cicéron, *de Legibus*, II, 24 ; Digeste, XVIII, I, 6.

(2) Cicéron, *de Officiis*, II, 21 ; Salluste, *Fragm.*, I, 9 ; Appien, *de Bello civili*, I, 7.

(3) Cicéron, *de Republicâ*, II, 22.

propriété concentrée dans leurs mains a dû s'y trouver à l'abri de toute atteinte. Aussi, lorsque Rullus pour soutenir sa loi agraire allègue qu'il ne veut déposséder personne contre son gré : Belle faveur, s'écrie Cicéron, comme si nous ne savions pas qu'il est inique d'acheter malgré le propriétaire, *ab invito emere injuriosum* (1). Le même auteur dans le traité des Devoirs rappelle aux magistrats qu'ils ne peuvent toucher à la propriété, même pour cause d'utilité publique : *neque de bonis privatorum publice diminutio fiat* (2).

Un principe aussi absolu aurait dans nos sociétés modernes de sérieux inconvénients, mais nous allons voir qu'il a pu fort bien être admis à Rome sans apporter aucun obstacle aux travaux d'intérêt général. Les ouvrages nécessaires à la défense et à l'assainissement de la ville avaient été exécutés sous les premiers rois ; les routes s'avançaient avec la conquête ; quant à d'autres entreprises, il devait en être fort peu question d'abord, dans une ville continuellement en guerre avec ses voisins (3). Le patriotisme allait d'ailleurs au-devant de tous les sacrifices commandés par des circonstances exceptionnelles. Après la conquête de la Grèce, quand les progrès du luxe firent sentir le besoin d'embellissements considérables, à une époque où le développement des richesses avait refroidi le patriotisme, on vit de simples citoyens, enrichis par la guerre, possesseurs d'immenses domaines et jaloux de gagner la faveur du peuple, faire exécuter à leurs frais les travaux que réclamait la splendeur naissante de Rome, et la puissance publique fut ainsi dispensée d'intervenir.

(1) Cicéron, *in Rullum*, Oratio I, v.
(2) Cicéron, *de Officiis*, II, 21.
(3) Frontinus, *de Aquæduct.*, I, § 4.

Il ne faut pas oublier d'ailleurs que, jusqu'à la guerre sociale, le droit Quiritaire, le seul qui pût conférer une propriété complète, fut réservé à l'*ager romanus* et à un petit nombre de colonies et de municipes privilégiés (1). Toutes les autres parties de l'empire n'étaient pour Rome que des pays conquis dont le sol ne pouvait faire l'objet d'une propriété privée. Ce point, complétement hors de doute en ce qui concerne les terres laissées aux peuples vaincus (2), nous paraît également incontestable relativement à celles dont la république s'emparait, soit pour les affermer, soit pour y fonder des colonies. Les premières formaient des dépendances de l'*ager publicus* (3) et les adjudications de ce domaine faites par les censeurs et improprement appelées *venditiones* (4) n'étaient que des locations, consenties moyennant une redevance souvent minime mais qui témoignait toujours de la précarité des concessions (5). Quant aux colonies, les citoyens en allant s'établir dans celles qui n'avaient pas reçu par exception le *jus Quiritium* subissaient la *media capitis deminutio* et ne pouvaient plus dès lors être considérés comme propriétaires d'après le droit strict (6).

La plus grande partie des terres se trouvait donc soumise au domaine éminent de la république auquel aucune prescription ne pouvait les soustraire (7). Par conséquent, si, vis-à-vis des tiers, la jouissance des *possesseurs*, protégée par le droit prétorien, constituait une sorte de pro-

(1) Sigonius, *de Antiquo Jure Italico*, I, cap. x, xi, xii.

(2) Niebuhr, III, 183 ; Cicéron, *In Verrem*, III, vi.

(3) Niebuhr, *eod.*; Appien, *de Bello civ.*, i, 7.

(4) Festus, v° *Venditio*.

(5) Niebuhr, III, 196 ; Dig., l. II, § 1, *de Publ. et Vectig.* — Savigny, *Possession.*, § XII ; Tite-Live, xxxi, 13.

(6) Heineccius, *Antiq. Rom.*, V. 128 ; Niebuhr, IV, Append. i.

(7) Aggenus urbicus, *de Contr. agrorum*, p. 69, éd. Goëz ; Dig., VI, ii, 12, § 2.

priété inviolable et transmissible, cette jouissance n'était à l'égard de l'État qu'un simple usage toujours révocable (1). Il aurait donc été possible à la république de reprendre de vastes territoires sans porter atteinte à la propriété; cependant il est certain que l'on exerça fort rarement cette espèce de retrait que la longue possession des détenteurs rendait chaque jour plus difficile.

En présence de ces considérations, pour soutenir que l'expropriation, telle que nous la comprenons aujourd'hui, a pu exister sous un régime si différent du nôtre, il faudrait tout au moins s'appuyer sur des textes de loi formels. Or, MM. Serrigny et de Fresquet n'en citent aucun qui se rapporte à l'époque de la république. Ils reproduisent seulement les réflexions suivantes de Frontinus, à propos d'un ancien sénatus-consulte, dont cet auteur ne cite pas les termes, et qui prescrivait de laisser libre autour des aqueducs un espace de quinze pieds : « Posset hoc « senatus-consultum æquissimum videri, etiamsi ex Rei « tantum publicæ utilitate, ea spatia vindicarentur : multo « magis cum majores nostri, admirabili æquitate, ne ea « quidem eripuere privatis quæ ad modum publicum « pertinebant, sed cum aquas perducerent, si difficilior « possessor in parte vendendâ fuerat, pro toto agro pecu- « niam intulerunt » (2).

On pourrait se demander en premier lieu, s'il n'est pas ici question de terrains faisant partie de l'*ager publicus* (*quæ ad modum publicum pertinebant*) et dont les *possesseurs* ayant été indemnisés lors de la construction de l'aqueduc devaient s'attendre à une *revendication* lorsqu'ils avaient anticipé sur les espaces réservés. En second lieu,

(1) Laboulaye, Histoire du droit de propriété ; Macé, Lois agraires.

(2) Frontinus, liv. I, § 128.

et en admettant que Frontinus ait réellement voulu parler de la vente d'une propriété pour l'utilité publique *(ad modum publicum)*, il est singulier qu'on ait cru trouver un résumé des principes de l'expropriation dans un texte qui dit précisément qu'on n'enlevait pas aux particuliers leurs possessions (*non eripuere*). Il faudrait donc, sous peine de fournir un argument de plus à notre système, traduire ces mots comme le fait M. Fresquet par : *ne pas prendre sans indemnité.* Et cependant notre interprétation n'est-elle pas la plus simple et la plus logique, puisque toute cession forcée, accompagnée ou non d'un dédommagement, a pour résultat d'enlever la chose au propriétaire (*eripere*)?

Il suffit du reste de rapprocher ce passage de Frontinus d'un autre de Tite-Live qui a trait également à la construction d'un aqueduc, ordonnée par les magistrats compétents et aux frais du trésor public : « *Censores locarunt aquam adducendam... impedimento operi fuit M. Licinius Crassus qui per fundum suum duci non est passus* » (1). Sans doute les travaux dont parle Tite-Live avaient été adjugés à des entrepreneurs, et l'on pourrait prétendre que ces entrepreneurs n'étaient pas subrogés aux droits de l'État, mais qu'importe? Quand, sous un gouvernement investi du pouvoir d'exproprier, les concessionnaires se trouvent arrêtés par une résistance individuelle, la puissance publique intervient d'une manière ou d'une autre, et l'entreprise s'achève ; ici, au contraire, le refus d'un seul citoyen en rend l'exécution absolument impossible.

Les magistrats chargés des ouvrages d'utilité publique étant exposés à rencontrer souvent des obstacles de cette nature, il n'était pas possible de déterminer à l'avance

(1) Tite-Live, XL, chap. LI.

d'une manière certaine la direction des travaux. Ainsi s'explique l'extrême latitude laissée à ces fonctionnaires. C'était à eux à s'arranger comme ils le pouvaient pour exécuter les ordres du Sénat : « *Eidem mandatum a Senatu est, ut curaret quatenus alias aquas quas posset in urbem perduceret* (1).

Mentionnons encore un passage de Cicéron d'où il résulte qu'après la guerre sociale, le Sénat ayant voulu, dans l'intérêt de la sécurité publique, réunir à l'*ager publicus* en Campanie certains fonds qui s'y trouvaient enclavés, l'on dut s'arrêter devant le refus d'un propriétaire (2).

Nous croyons donc que, sous la république, les citoyens ne pouvaient jamais être contraints de céder leur propriété pour cause d'utilité générale ; les études récentes dont les lois agraires ont été l'objet ne laissent aucun doute à cet égard. En effet ces lois dont on a voulu faire des lois d'expropriation, avaient seulement pour objet de restituer au domaine public, et, le plus souvent, moyennant indemnité, des terres usurpées par de simples détenteurs. L'opposition invincible que ces tentatives rencontrèrent et la mort tragique de leurs auteurs montrent suffisamment quel eût été le sort de toute mesure qui aurait porté atteinte à la propriété.

Quant aux distributions de terres faites aux soldats, Montesquieu nous apprend que ce fut Sylla qui le premier, et au mépris de toutes les lois, distribua aux vétérans les terres des citoyens (3).

Les guerres civiles soulevées par la haine des prolétaires contre les riches aboutirent au despotisme militaire. Il semble au premier abord que cette révolution, en sub-

(1) Frontinus, *de Aquæduct.*, I, § 7.
(2) Cicéron, *In Rullum*, Oratio II, n° xxx.
(3) Montesquieu, Grandeur et décadence, ch. XI, et la note.

stituant une monarchie absolue à une république aristocratique, ait dû porter un coup décisif à la propriété. Ce serait là cependant une idée beaucoup trop absolue. Instruit par le sort de César, Auguste se garda bien d'accepter la dictature, dont l'autorité illimitée aurait peut-être satisfait plus complétement son ambition, mais qui, n'étant qu'une ressource pour les circonstances extrêmes et non une forme de gouvernement, n'aurait pu se transformer en régime permanent sans attester trop ouvertement la ruine de la république. Il se contenta donc d'attirer à lui tous les pouvoirs de l'État, en gouvernant avec le titre et les fonctions attachées aux anciennes magistratures, et sans s'arroger aucune prérogative nouvelle. Cette concentration, entre les mains d'un seul, d'attributions soigneusement divisées jusque-là, favorisa beaucoup l'arbitraire, mais elle n'apporta à proprement parler aucun changement dans la constitution, et spécialement elle ne modifia pas les rapports légaux entre la puissance publique et la propriété privée. Suétone rapporte qu'Auguste dut renoncer à son projet d'agrandir le Forum *non ausus extorquere possessoribus proximas domos* (1); or un pareil scrupule se comprendrait difficilement si le droit de s'emparer de la propriété privée avait été établi avec l'empire ; à plus forte raison serait-il inexplicable si Auguste avait trouvé l'expropriation déjà organisée par les lois et consacrée par l'usage.

Tous les Empereurs ne montrèrent pas à beaucoup près la même modération ; ils s'habituèrent à oser davantage à mesure qu'ils sentirent leur autorité mieux affermie ; beaucoup disposèrent arbitrairement de la propriété, mais ces actes n'ont rien de commun avec l'exercice d'un pouvoir régulier, et l'on doit se garder d'en conclure

(1) Suétone, Auguste, LVI.

comme le fait M. Serrigny que l'expropriation a dû exister pendant l'empire. On ne serait pas fondé davantage à soutenir que le droit d'exproprier était implicitement reconnu par la règle *quidquid principi placuit legis habet vigorem* (1). Cette règle ne signifie pas en effet que tout ce que peut faire le prince est juste et légitime : une pareille maxime érigée en principe de gouvernement autoriserait les plus monstrueuses violations du droit privé si soigneusement garanti à toutes les époques par la législation romaine; elle veut dire seulement que le pouvoir législatif ayant passé du peuple aux empereurs, les constitutions impériales ont force de loi (2). Or nous ne voyons pas que jusqu'à la séparation des empires d'Orient et d'Occident, aucune constitution ait prononcé, d'une manière générale ou pour un cas particulier, la dépossession d'un ou plusieurs propriétaires dans l'intérêt général : on a cité à tort la loi 3 au Code, *de ædificiis privatis*. Cette loi décide que le particulier dont la maison est tombée en ruines ne peut en convertir le sol en jardin sans l'autorisation du président qui devra s'assurer que ce changement n'est pas préjudiciable aux voisins et que les magistrats n'y voient pas d'inconvénient. Il n'y a donc pas là une expropriation, puisque la propriété ne change pas de maître, mais une simple charge de voirie comme celle qui oblige chez nous les riverains d'une route à demander l'alignement (3).

On pourrait donc tout au plus prétendre qu'à la suite

(1) L. I, Dig., *de Const. Principum*.

(2) « Utpote cum lege Regia quæ de imperio ejus lata est, po-« pulus ei et in eum omne suum imperium et potestatem confe-« rat. » — Dig., eod.

(3) « An totum ex ruinâ domus licuerit non eamdem faciem « in civitate restituere, sed in hortum convertere, et an hoc con-« sensu tum magistratuum non prohibentium item vicinorum « factum sit præses... statuet. »

de nombreux abus de pouvoir, l'expropriation a passé peu à peu dans les mœurs, et qu'elle existait depuis longtemps en fait à l'époque où il en a été parlé pour la première fois dans les constitutions impériales.

Mais alors il est surprenant qu'on n'ait trouvé dans les documents historiques relatifs aux trois premiers siècles de l'empire aucune allusion à cet usage, qui, une fois accepté, prend d'ordinaire une extension rapide. Avec la confusion qui subsista toujours à Rome entre l'Etat et la personne du souverain, les empereurs auraient pu mettre facilement le droit d'exproprier au service de leurs convenances particulières. Cependant, c'est à la confiscation (*publicatio*) qu'ils ont recours lorsqu'ils veulent donner à leurs spoliations l'apparence de la légalité. N'aurait-il pas été plus simple et surtout plus politique de mettre en avant l'intérêt général, si l'intérêt général avait pu justifier une atteinte à la propriété?

Le silence des jurisconsultes est plus significatif encore. Il est bien certain que des expropriations fréquentes auraient éveillé leur attention, et qu'ils s'en seraient préoccupés, sinon pour réglementer l'exercice de la toute-puissance impériale, du moins pour déterminer les conséquences des cessions forcées par rapport aux contrats du droit civil dont l'immeuble a pu être l'objet. Il faudrait donc supposer une lacune dans les compilations de Justinien. Mais cette hypothèse est d'autant moins probable qu'il existe au Digeste plusieurs solutions concernant les risques de la chose vendue dans des cas qui, sans être des expropriations, s'en rapprochent cependant, comme lorsqu'un fonds provincial est enlevé à un possesseur en vertu du domaine éminent (1), ou lorsqu'un fonds Italique a été

(1) L. II, Dig., *de Evictionibus*; L. 15, § 2, id. *de Rei vindicatione.*

confisqué (1). Au surplus, la question nous paraît tranchée en faveur du respect absolu de la propriété par le texte suivant d'Ulpien, que M. de Fresquet, par une coïncidence assez étrange, invoque précisément pour prouver qu'en cas d'expropriation l'indemnité devait être préalable : « Si « constat in agro tuo lapidicinas esse, invito te nec pri- « vato nec publico nomine quisquam lapidem cædere « potest, cui id faciendi jus non est, nisi talis consuetudo « in illis lapidicinis consistat, ut, si quis voluerit ex his « cædere, non aliter hoc faciat nisi prius solitum solatium « pro hoc domino præstat. » Bien loin de reconnaître en faveur de la puissance publique une prérogative exceptionnelle, cette loi assimile complétement l'Etat à un simple particulier vis-à-vis du maître de la carrière, aussi bien quand elle défend en règle générale de prendre de la pierre sans son autorisation, que quand elle le permet malgré son opposition, en vertu soit d'un droit acquis (*id faciendi jus*), soit d'une coutume locale (*consuetudo*).

Il nous reste à étudier les constitutions impériales qui ont prononcé des dépossessions dans un intérêt public. Quelque nombreuses et précises qu'on les suppose, ces constitutions, nous venons de le reconnaître, devraient être considérées comme ayant inauguré un régime nouveau, et non comme ayant consacré un ancien usage. Mais est-il même certain qu'à partir de l'époque où elles ont été promulguées, le droit d'exproprier ait été définitivement introduit dans la législation ? On nous permettra d'en douter. Il s'en faut, en effet, que les textes du Code cités par M. de Fresquet soient tous concluants. Plusieurs constitutions ordonnent des travaux publics sans imposer en termes formels aux propriétaires l'obligation de vendre leurs héritages ; parmi celles qui por-

(1) L. 33, Dig., *Locati conducti*.

tent à l'intérêt privé une atteinte plus directe, quelques-unes ont le caractère de mesures de police ou de pénalités encourues soit pour des infractions aux règlements, soit pour des usurpations commises sur le domaine public; quant à celles qui fixent le prix des denrées pendant les moments de disette, et celles qui accordent la liberté aux esclaves quand ils sont maltraités par leurs maîtres ou qu'ils ont dénoncé certains crimes, nous ne croyons pas avoir à nous en occuper. En somme, nous ne voyons guère que quatre textes qui aient rapport à des cessions forcées pour l'utilité générale. Ce sont les lois 50, 51 et 53 *de Operibus publicis* au Code Théodosien, relatives à la construction du portique des Thermes d'Honorius, des salles de conférence et de la nouvelle enceinte à Constantinople; enfin, la Novelle VII, chap. II, § 1, qui autorise l'aliénation des biens de l'Eglise lorsque l'intérêt public le réclame. Cette dernière disposition est la seule qui soit conçue en termes généraux, et encore faut-il remarquer qu'elle s'applique à des biens provenant des libéralités des empereurs et que Justinien peut se croire jusqu'à un certain point autorisé à reprendre moyennant une large compensation. Les trois autres textes sont des décisions d'espèce concernant des travaux entrepris à Constantinople, c'est-à-dire dans la nouvelle capitale et non dans l'ancienne métropole, jalouse de ses traditions. Dans tous ces cas, d'ailleurs, la fixation de l'indemnité, sa nature, son mode de payement, restent complétement abandonnés à la discrétion du pouvoir impérial. Il semble qu'on aurait fort à faire pour rattacher à un principe commun ces décisions très-diverses. On peut même se demander jusqu'à quel point elles étaient obligatoires en droit pour les propriétaires, lorsqu'on lit dans Codin l'histoire du portier Antiochus, dont la résistance faillit

arrêter les travaux de l'église Sainte-Sophie et qu'il fallut amener par intimidation *à signer l'acte de vente* de sa maison. L'emploi de la force dans cette circonstance n'est-il pas l'aveu le plus formel de l'impuissance où se trouvait Justinien de suppléer par un moyen légal au consentement du dernier de ses sujets? Libre ou forcé, ce consentement est toujours indispensable, et l'on ne peut pas dire qu'on s'est emparé d'une propriété contre la volonté du propriétaire : *coactus voluit, sed voluit.*

Voici ce passage tel qu'il est traduit dans un ancien recueil :

« Imperator justitiæ et probitatis amans, quod nollet « quemquam injuriâ et damno affici, mœstus animo co- « gitabat quid cum illo ageret : Strategius autem, magis- « ter, thesauri imperatoris præfectus, ejusque adoptivus « frater, imperatori promisit se aliquo commento illum « victurum ut ædes suas etiam invitus vendere cogeretur. « Prædictus enim Antiochus ostiarius circensium studio « flagrans venetumque colorem sive cæruleum amabat; « illoque admodum delectabatur. Cum igitur ludi circen- « ses exercendi essent, magister Strategius ostiarium com- « prehendit eumque in prætorium inclusit, ipso ludorum « die ; atque ille cum ejulatu et dolore clamans dicebat : « circenses spectem et quidquid imperator jusserit fa- « ciam. Imperatoris igitur jussu statim in caveam adduc- « tus est ibique ædes suas præsente quæstore, et universo « senatu scribente vendidit, idque octoginta quinque li- « bris auri » (1).

Il serait donc, à notre avis, bien difficile d'établir que l'expropriation pour cause d'utilité publique a pu être

(1) « Excerpta e libro chronico de Originibus Constantinopoli- « tanis, p. 65 (Paris, in-f°, 1655).

connue des Romains, puisqu'à toutes les époques de leur histoire, et à tous les degrés de la hiérarchie sociale, nous voyons l'Etat obligé de s'arrêter devant l'opposition d'un simple particulier.

René DE RÉCY.

ESSAI HISTORIQUE

SUR

LA LÉGISLATION DU DOUAIRE

DANS LE DROIT GERMANIQUE.

CHAPITRE II

Dès le VIe et le VIIe siècle, cette institution de la dot se marque profondément. Le concile d'Arles proclame la nécessité de la constitution de la dot dont il fait un préalable du mariage (1); et la condition de publicité imposée aux mariages, celle de la bénédiction ecclésiastique rendent inévitable cette constitution (2). Cependant, ce ne fut que sous la seconde race que l'obligation de constituer une dot avant le mariage fut étendue à tous les sujets de la monarchie, lorsque la bénédiction et la publicité furent devenues des conditions de validité aussi bien pour les mariages des Germains que pour ceux des Gallo-Romains; dans leurs usages primitifs, les Francs ne recouraient pas

(1) Concile d'Arles en 525 dans Gratien, lib. 7, c. 105.

(2) L. Vis. 12, 3.— L. Long. 1, 30.— Capit. syn. Vern. edit. a Pippin. reg. 15.— Cap. reg. franc., VI, 133, 327, 408; VII, 105, 179, 389, 463. — Burch. decret., lib. 9, c. 1, 2; et lib. 19, c. 5.

Bien entendu que l'achat du *mundium* et plus tard la constitution de la dot ne faisaient pas le mariage; c'était une préface; mais ce qui faisait le mariage chez les Barbares, c'était la tradition solennelle dans l'assemblée du canton; — Rotharis, form. and leg. 183 et 188.— Paul Gide, Etude sur la femme, p. 328.— Et plus tard la célébration canonique. C'est ainsi que dans le droit romain, la *co-emptio* transportait la *manus*, mais ne faisait pas le mariage. Cet achat du *mundium*, était ce que les Barbares appelaient *sponsalia*. Rive, p. 15 et sq.

à cette bénédiction, ce qui leur permettait de ne pas constituer de dot; et on ne doit pas oublier non plus que les capitulaires décrétant l'obligation pour le mari de doter la femme font partie du recueil de *Benedictus Levita*, c'est-à-dire d'une œuvre, avant tout, de droit canonique, et dont les dispositions sont suspectes sous beaucoup de rapports.

C'est donc l'influence du droit canonique qui rendit la constitution de la dot nécessaire. Mais d'ailleurs plusieurs lois barbares suppléaient au silence des parties, en établissant une *dos legitima*. La loi des Francs Ripuaires fixait la dot à cinquante *solidi* (1). Celle des Francs Saliens à 62 1[2 (2). La loi des Allamans à 40 (3). La loi des Wisigoths ne veut pas que la dot dépasse le dixième des biens du mari (4), et cependant, permet un supplément d'objets mobiliers énumérés avec un grand soin. Il ne s'agit dans cette loi que d'un maximum. La loi des Bavarois connaissait aussi très-certainement une *dos legitima*, mais elle n'en donne pas le chiffre. Cependant l'existence en est cer-

(1) L. Rip., 37, § 2.

(2) L. Salic. (édit. Merkel), 13, 6 ; 15 nov. 39. Comparez avec L. Rip., 35, 2, et Schrœder, p. 42.

Si, au lieu d'une *ingenua*, nous supposons une *Lita*, la dot aurait été de 30 solidi.

(3) L. Al., t. 55, 2.

(4) C'est un emprunt à la législation romaine, à la décision de la loi Papia Poppæa sur les testaments entre époux. Ulp., fr. 15; L. Wisig, lib. 3, t. 1, 5; et form. Wisig, édit. Rozière, 14, 15, 17, 19.

Si le mariage ne suivait pas la constitution de la dot, celui des deux époux par la faute duquel le mariage avait manqué devait payer à l'autre, à titre de peine, une somme représentant la valeur de la dot, ou même le double de cette valeur, d'où la dot prit plus tard, en Espagne, le nom de *Arra* ou *Arrabo*. L. Wisig., lib. 3, t. 1, 4 ; et Schrœder, note 14, p. 77.

taine; elle résulte des textes, et il semble que cette do était plus ou moins considérable suivant le rang de l'é pouse (1). Peut-être aussi y avait-il une *dos legitima* che les Burgondes dont la coutume parle constamment d double, triple ou sextuple du pretium ou Wittemon (2). L loi des Lombards fixait un maximum qui ne pouvait pa être dépassé : 400 *solidi* pour un juge, 300 *solidi* pour le autres nobles hommes. La dot pouvait être inférieure mais nous croyons qu'il s'agit ici uniquement d'un maxi mum et non d'une *dos legitima* (3). On voit que c'est un erreur de prétendre que dans la législation Lombarde, l morgengabe faisait office de douaire, de telle sorte que l douaire aurait été une institution inconnue; ceci n'es vrai qu'au XIe siècle comme le prouvent plusieurs charte lombardes. Mais dans le droit barbare, la loi 88 de Lui prand prouve évidemment le contraire. Nous trouvons d reste également un maximum pour le Morgengabe qui n devait pas dépasser le quart de la fortune du donateur et nous retrouverons, au XIe siècle, plusieurs chartes fi dèles à cette limitation de la loi des Lombards; cette quo tité était peut-être un emprunt au Droit de Justinien.

Comme dans le droit romain, et par suite de la con fusion que nous avons déjà signalée entre la dot romain et la dot germanique qui en était la contre-partie, cett dernière, comme la première, servit à distinguer l mariage du concubinat (4).

Nous devons nous demander maintenant à quelle épo

(1) L. Baiuv., t. 7, 14, 1; t. 14, 7, 2; et c. 9, 2.
(2) L. Burg., t. 12, 1 et 3.
(3) Luitpr., 89.
(4) Nous ne parlons pas de l'époque primitive où, comme nou l'avons déjà dit, ce signe de distinction n'existait pas. Vid. supr not. 1, Introd.

que et par qui la dot devait être constituée, suivant quelles formes, et sur quels biens elle portait?

Les précédents historiques que nous avons indiqués et desquels il résulte que la dot est une dérivation de l'achat du mundium suffiraient à démontrer que la constitution de la dot devait précéder le mariage. Mais en outre les textes ne manquent pas, et un nombre considérable de formules témoignent de ce que nous venons de dire (1). Au contraire, le morgengabe, au lieu de précéder le mariage suivait le mariage, *alia die, post noctem nuptialem*, nous disent des chartes que nous avons déjà citées plus haut, dans lesquelles le morgengabe reçoit aussi le nom de *donum matutinale* (2).

Cette dot pouvait être constituée non-seulement par l'époux, mais encore par l'ascendant de l'époux. Dans la loi des Visigoths elle pouvait être assignée sur la succession de l'ascendant (3).

La dot consista d'abord en meubles et ensuite en immeubles. Les formules nous en donnent des exemples nombreux. Le traité de paix conclu entre Gontran, Childebert et Brunehaut rappelant le douaire et le morgengabe de Galswinthe, énumère des cités, des villes, comme faisant partie du douaire et du morgengabe de

(1) Form. Wisig., 17; Marc., lib. 2, 15 et 16; Append., 37; Lindenb., 75 et 76; Sirm., 15.

Quant à la formule 49 de Baluze qui paraît d'abord contradictoire, nous croyons qu'elle constate seulement la mise en possession de la femme sur les biens constitués antérieurement en dot avant le mariage. : « Dulcissima conjux mea atque amantissima, « nomine illo, ego in Dei nomine ille. Sumpsit mihi consilium « atque complacuit ut ego te mihi in conjugium accepissem, quod « ita et feci. Propterea dono tibi dotem *sicut nostris utriusque* « *complacuit amicis* tibi donare, in pago illo, in illo loco, etc. »

(2) Luitp., 7; Baluze, Append., 42, et Galland, p. 322.

(3) L. Wisig., lib. 3, t. 1, 5; Marc., lib. 2, 15.

cette princesse (1). Mais nous devons faire remarquer que dans les lois barbares, la dot de la femme ne comprend en général que des terres ou des meubles considérés individuellement, énumérés avec soin, et qu'elle ne s'étend pas à une quote-part de la fortune du mari, comme le douaire du moyen âge. Et quant au dixième de la loi des Visigoths, c'est un maximum. On pouvait toujours, si on le voulait, constituer en dot des meubles et des immeubles pris individuellement, mais dont la valeur ne devait pas dépasser la dixième partie du patrimoine de l'époux. Du reste indépendamment de ce dixième, la femme pouvait recevoir de nombreux objets mobiliers (2).

Si de la dot nous passons au morgengabe, nous remarquerons qu'il pouvait comprendre une fraction du patrimoine. Ainsi dans la loi des Lombards, il pouvait comprendre la quatrième partie du patrimoine de l'époux (3). Ce n'était également qu'un maximum et ce taux ne devint légal que plus tard.

La dot se constituait de deux manières, suivant une forme Franque ou suivant une forme Gallo-Romaine. D'après la forme franque, on devait jeter un fétu de paille sur la poitrine de la femme, et lui serrer la main : c'est ce qu'on appelait la constitution *per festucam et andelangum*. D'après la forme gallo-romaine, on devait rédi-

(1) Pact. int. Guntr. et Child. II, reg. Franc., et Bruneh., reg an. 587 ; Pardessus, Dipl., t. 1 et Lindenbrog., 75 et 79.

Toutefois, Rive a tort de prétendre, croyons-nous, que la dot a consisté toujours en immeubles, et cela dans le but de prouver que la dot ne peut rattacher son origine au prix du *mundium*. Vid., p. 70.

(2) L. Wisig., lib. 3, t. 1, 5 ; et form. Wisig., 20 ; Schrœder, p. 106 et 107.

(3) Liutprand, 7.

ger un *instrumentum dotis* (1). Nous avons des formules pour chacune de ces formes. Certaines même sont complexes et embrassent l'une et l'autre. Les deux formes taient sans doute ordinairement employées pour la constitution de la même dot. Mais chez les Francs Ripuaires, il semble que la forme romaine seule ait été acceptée. Le *libellus dotis* était dressé avant le mariage, et la tradition de la dot avait lieu le jour du mariage (2). Nous voyons d'ailleurs avec M. Rive que ces cérémonies étaient extra-judiciaires et qu'on ne doit pas généraliser ce que nous dit la loi Salique sur la présence du juge aux seconds mariages. Comment supposer que les Germains habitués à ne recourir qu'à eux-mêmes pour la vengeance d'une insulte ou d'un crime, eussent consenti à se rendre devant le juge pour la constitution de la dot (3) !

Quant au morgengabe, il se constituait par écrit et par tradition. Ainsi, on rédigeait, avant le mariage, un acte, et on faisait la tradition en vertu de cet acte après le mariage (4).

Nous arrivons à la preuve de la dot et du morgengabe. La femme était admise à prouver la consistance de la dot par son serment et par des cojurateurs La loi des Allemans fixe le nombre des cojurateurs à cinq. La femme pourra, si elle le préfère, recourir au combat judiciaire; mode de preuves que nous trouverons encore dans Glanville. Au contraire, le morgengabe était plus favorable ; il suffisait à la femme de jurer *per pectus suum*, son serment faisait foi (5).

(1) Marc., lib. 2, 15 ; Append., 37 ; form. Lindenb., 75, 80 ; Form. Mab., 1 ; form. Sirmond., 14 ; L. Rip., t. 37, § 1.
(2) Form. Lindenb., 78.
(3) Rive, p. 67.
(4) Liutpr., 7 ; L. Ripuar., t. 37, § 2.
(5) L. All., t. 56, §§ 1 et 2. On peut comparer avec le miroir

Il s'agit maintenant de déterminer l'étendue et la nature du droit de la femme sur la dot. Était-ce un droit d'usufruit ou un droit de propriété? Aucune de ces questions ne peut recevoir, croyons-nous, une réponse absolue. Cependant il nous paraît vrai de dire qu'en général le droit de la femme qui ne laissait pas d'enfants était un droit de propriété, tandis que le droit de la veuve qui laissait des enfants était un simple usufruit.

Et d'abord, dans la législation des Visigoths, la dot ne dépend pas de la survie de la femme, puisque si la femme en a disposé par testament cette dot échappe au mari. La permission qui lui est accordée de disposer de sa dot par testament nous prouve bien qu'elle en avait la propriété. Et peu importe que le droit de la femme chez les Visigoths comprenne une quote-part des biens de l'époux. A cette objection nous croyons pouvoir répondre que ceci n'exclut nullement le droit de la femme qui meurt avant son mari; car il est certain qu'un droit à une quote-part peut parfaitement impliquer une propriété complète et actuelle, comme le droit de la femme, par exemple à la moitié ou au tiers des acquêts. Ensuite, en réalité, ce n'est là qu'un maximum, et la dot de la femme peut comprendre des objets individuellement déterminés.

Du reste, la femme ne peut ainsi disposer de sa dot par testament que si elle ne laisse pas d'enfants (1).

de Souabe dans lequel ce mode d'administration de la preuve est maintenu pour le morgengabe. 21 Edit. Matile.

Il en était de même pour le douaire, dans le miroir de Saxe. Si un douaire avait été constitué à l'épouse avant le mariage, elle l'obtenait par son serment et en conservait l'usufruit pendant sa vie.

(1) L. Wisig., lib. 3, t. 1, 5; Form. Wisig., édit. Rozière, 21.

Eichhorn se trompe, croyons-nous, en soutenant que les dernières dispositions de la femme sur sa dot tombent par suite de

Après la mort de la femme, dans la loi des Allamans, la dot revient à ses héritiers et non aux héritiers du premier mari. Maintenant nous croyons que cette acquisition définitive de la dot à la femme n'a lieu que si on lui a contesté injustement cette dot, et comme punition pour l'héritier coupable de cette contestation injuste (1).

Autrement cette loi ne pourrait se concilier avec les formules 7e et 8e de Saint-Gall, qui sont d'origine Allemande et appartiennent au VIIIe siècle, comme l'a prouvé M. de Rozière dans son introduction. Il résulte de ces formules que la dot revient au mari, si la femme a prédécédé; et dans le cas contraire, c'est-à-dire si c'est le mari qui a prédécédé, que la dot revient à ses enfants, ou à ses plus proches héritiers, s'il n'a pas laissé d'enfants. Dans cette loi des Allamans, le droit de la femme serait donc un droit d'usufruit dépendant de sa survie (2). L mari pouvait d'ailleurs parfaitement déclarer, en constituant la dot, que la femme aurait un droit de propriété et non pas seulement un droit d'usufruit sur les biens dotaux (3).

Il nous semble résulter de le loi des Bavarois que la dot de la femme, et son apport reviendront, après sa mort,

son prédécès. Deutsche S.R.G., § 62, B.; L. Wis., l. 4, t. 5, 2; Schrœder, p. 80, not. 21, et Rive, p. 74, not. 11.

(1) L. Allam., t. 56, § 1.

Schrœder, p. 69, interprète les mots, *quod lex non est*, en ce sens qu'il s'agit d'une contestation portant sur l'excédant de la dot conventionnelle qui dépasse la dot légitime. Il faudrait donc, d'après lui, entendre ainsi ce texte : Si l'héritier du mari conteste à la femme sa dot, parce que cette dot excède la légitime.

(2) Rive, p. 77 et 78.

(3) Schrœder, p. 69 et 70; form. Salom., 14; Zeuss trad. Wizemb., nos 6 et 87.

à ses héritiers, autrement dit qu'elle a la propriété de cette dot (1).

Dans la loi des Bourguignons, le prix payé au mundoald ne peut pas être répété par le mari, après la mort de la femme, sans enfants (2); et après la mort du Mundoald ce prix est transmis à son plus proche héritier. Si c'est la femme qui survit, le mundoald doit évidemment conserver le tiers auquel il a droit (3), la mère ou la sœur le second tiers, et la femme le troisième tiers (4), qui sera transmis, après sa mort, si elle n'en a pas disposé par testament, à sa fille, à l'exclusion de son fils (5).

Dans la loi Salique, il faut distinguer avec soin si c'est la femme qui survit au mari, ou le mari à la femme. Nous supposerons d'abord que c'est la femme qui survit. La loi Salique ne s'explique que dans le cas du second mariage de cette femme, et elle distingue si la femme a des enfants ou n'en a pas.

Dans la première hypothèse la veuve, après avoir payé l'*achasius,* c'est-à-dire 3 ou 6 sous d'or (6) conserve sa

(1) L. Baiuv., t. 14, 9, 2; et Schrœder, p. 73.

Rive distingue entre la dot légitime et la dot conventionnelle. Il soutient que, relativement à l'excédant de la dot conventionnelle sur la dot légitime, les héritiers du mari étaient préférés à la veuve qui contractait un second mariage et aussi à ses héritiers. Ce système est ingénieux; mais il ne nous paraît pas suffisamment démontré par les textes.

Rive, p. 76 et 77; L. Baiuv., t. 14, 7, 1; et 9, 3.

(2) L. Burgund., t. 14, 3.

(3) Nous supposons que le mundoald n'est ni le père ni le frère de la femme. Vid. supr., chap. 1, not. 22.

(4). L. Burg., t. 66, 1, 2, 3.

(5) L. Burg., t. 86, 3; 14, 5; 51, 3, 4; Aimoin de Gest. Franc., 1, 13. — Vid. supr. chap. 1, not. 23, sur la législation qui régit les veuves.

(6) L. Salic., 71; éd. Chl. a. 500, § 1 (Mon. II, 3).

Sur l'étymologie de ce mot *Achasius*, voir Schrœder, p. 53, et

dot, malgré son convol à un second mariage. Après sa mort, la dot revient aux enfants. Dans la seconde hypothèse, la femme, après avoir acquitté l'*achasius*, retire

Pardessus, *Diplomata*, 1, 45, nº 8. D'après ces auteurs, le mot *achasius* dériverait du barbarisme, *achatum* ou *achatum;* d'où le mot français, acheter. Vid. Ducange, vº *acapitagium*, *acapta*, *acaptum*. Schrœder soutient avec raison, croyons-nous, que l'*achasius* était le prix du *mundium;* mais comme le véritable prix est payé à la femme, chez les Francs, cet *achasius* n'est plus qu'un prix symbolique consistant dans trois ou six sous d'or que la veuve, se remariant, doit payer au mundoald (Schrœder, p. 54), c'est-à-dire au plus proche parent du mari défunt.

L'explication du *reipus* est plus difficile : c'était le mari qui payait le *reipus*. Ce mot paraît dériver de *reif* qui veut dire lien. Peut-être parce que la fiancée, après le paiement du *reipus*, était attachée comme par un nouveau lien à son fiancé. Schrœder pense que cette expression désignait les anneaux qui formaient autrefois l'objet du *reipus*. Nous ajouterons que notre coutume, d'après laquelle le mari offre un anneau à la femme, se rattacherait alors au *reipus*. Seulement, sous la période germanique, cet anneau était offert par le mari aux parents de la femme. Le *reipus* jouait dans le mariage des veuves le même rôle que le *solidus* dans le mariage des jeunes filles. C'était le prix de l'achat du *mundium* à la famille de la femme. Et la preuve en est que, si ce *reipus* n'avait pas été payé par le mari (L. Salic., 44, et Canciani II, form. Lomb. 477), il encourait une amende de 62 sous 1/2, la même amende que le violateur du *mundium*. Ce sont les cognats les plus proches du côté maternel qui reçoivent le *reipus;* à leur défaut, ce sont ceux qui reçoivent l'*achasius*, c'est-à-dire les plus proches agnats du premier mari, jusqu'au sixième degré. Mais ils ne peuvent alors venir à la succession de leur parent (L. Salic., 44, §2). Ainsi le *mundium* exercé par le plus proche parent du mari sur la veuve n'allait pas jusqu'à lui permettre de faire tradition de cette femme à son second mari (Pardessus, 687). La veuve qui voulait se remarier devait revenir sous le *mundium* de ses parents. Pour s'affranchir du *mundium* des proches de son premier mari, elle acquittait l'*achasius* entre leurs mains, et son fiancé achetait le *mundium* aux cognats du côté maternel, sous la protection desquels elle était ainsi revenue. Du reste, dans les lois barbares, souvent le côté maternel est ainsi préféré au côté paternel (L. Burg., t. 14, 5, et t. 51, 3 et 4; L. Baiuv., t. 14, 7, 3).

les deux tiers de sa dot. Autrement, c'est-à-dire si elle n'a pas acquitté cet *achasius*, elle perd ces deux tiers. En outre, elle est frappée d'une amende de 62 sous 1/2. Elle se voit contrainte également d'abandonner aux héritiers de son premier mari certains objets mobiliers qui ont formé son apport de la maison paternelle. C'est une différence avec ce que décide la législation des Burgondes, des Lombards, des Allamans et des Bavarois chez qui le convol à un second mariage n'entraînait pas la perte de la dot. Du reste, il ne faut pas oublier que la partie de la loi Salique consacrant la décision précédente est une addition de Clovis à la première partie de cette loi. Or, ce supplément ne paraît pas avoir été observé rigoureusement, comme la loi Salique primitive que Clovis n'avait nullement modifiée, mais seulement harmonisée avec le nouvel état de choses dont il était le fondateur. Peut-être la dissemblance de cette nouvelle législation avec les principes des autres lois barbares est-elle entrée pour quelque chose dans la défaveur dont les capitulaires additionnels de Clovis paraissent avoir été frappés.

Nous supposerons maintenant que c'est le mari qui survit à la femme. Il faut faire la même distinction que précédemment entre le cas où la femme laisse des enfants et celui où elle ne laisse pas d'enfants. Dans le premier cas, la loi Salique décide que le mari ne pourra pas, s'il convole à de secondes noces, attribuer à sa seconde femme la dot dont il avait doué la première. Cette dot revient aux enfants ; mais tant qu'ils ne seront pas parvenus à ce que la loi appelle l'*ætas perfecta*, le mari en aura l'administration et en recueillera les fruits, sans pouvoir cependant rien distraire par vente ou par donation. Dans le second cas, les héritiers de la femme

prendront seulement les deux tiers la dot (1). Ils devront en outre abandonner certains objets; autrement, ils seraient réduits au tiers de la dot. Cette législation dispose ainsi, en supposant qu'aucune institution par *adfatimir* n'a eu lieu entre les époux. Si les héritiers de la femme ont ce droit, alors qu'elle meurt avant le mari, *à fortiori* doivent-ils avoir un droit aussi étendu sur la dot de la femme survivante. Nous croyons donc, bien que la loi Salique ne s'en explique pas, qu'ils peuvent prendre les deux tiers de la dot conservés par la veuve qui a convolé à un second mariage, et, si cette femme est restée fidèle à son veuvage, qu'ils peuvent recueillir la dot tout entière.

Il est vrai qu'en 574, un édit du roi Chilpéric statuant sur le sort de la dot, après le décès du mari ou de la femme sans laisser d'enfants, décide que le survivant prendra la moitié de la dot, et les héritiers du prédécédé l'autre moitié (2). Mais cet édit de Chilpéric ne paraît pas avoir occupé une place importante dans la législation de l'époque, pas plus que le capitulaire de Clovis sur le droit du mari à reprendre une partie de la dot, après la mort de la femme; car nous voyons dans le

(1) L. Salic., 72; edict. Chlod. a. 500, § 2; Mon., II, 3.

M. Kœnigswarter, *Rév. de législ.*, t. 17, p. 405, a tort d'affirmer que les héritiers de la femme qui ne laisse pas d'enfants ne peuvent rien réclamer au mari. — Voir Ginoulhiac, p. 193 et sq., et Schrœder, pag. 46, not. 16. — M. Pardessus a écrit, par suite d'une inadvertance singulière, que le mari survivant recevait les 2/3 de la dot, et les héritiers de la femme seulement un tiers, avec un supplément de certains objets mobiliers, c'est la contrepartie qui est exacte. Pardessus, p. 690 et 683; Eichhorn, I, p. 364.

(2) L. Salic., 77, c. 4.

M. Kœnigswarter, p. 405, commet une méprise en écrivant que Chilpéric réduisit les parents de la veuve au tiers de la dot; il les réduisit à la moitié.

traité conclu en 587 entre Childebert, Gontrand et Brunehaut que cette princesse, comme sœur de Galswinthe, avait recueilli, à la mort de sa sœur, la dot et le morgengabe que Chilpéric lui avait constitués (1); ce qui revient à dire que la famille de la femme recueillait la dot, même dans le cas du prédécès de cette femme. Ainsi, dans la loi Salique, à toutes les époques, la femme eut sur la dot un droit de propriété et non pas seulement d'usufruit. Seulement cette dot, d'après le capitulaire de Clovis et l'édit de Chilpéric, pouvait être divisée; droit sans doute contraire aux mœurs, puisque nous voyons la dot de Galswinthe parvenir intacte entre les mains de Brunehaut. Dans la loi des Ripuaires, nous constaterons un droit différent. Cette loi exige la survie de la femme, pour qu'elle puisse réclamer la dot *légitime*. Au contraire, si une dot lui a été constituée par le mari, les expressions du 1er paragraphe semblent bien indiquer qu'elle aura sur cette dot la propriété la plus complète et la plus absolue. L'antithèse entre le 1er et le 2e paragraphe nous paraît trop énergique pour pouvoir admettre que la condition : « *si virum supervixerit,* » doit affecter aussi bien l'un que l'autre. Nous croyons que chaque paragraphe reçoit une solution différente (2). Le législateur a pensé sans doute que, pendant le mariage, la femme est à l'abri du besoin, et qu'il suffisait de lui assurer une dot de 50 sous d'or pour le seul cas où elle survivrait au mari. Peut-être aussi cette différence entre la dot conventionnelle et la dot légitime vient-elle de ce que dans le premier cas la femme, en vertu du *libellus dotis*, se faisait faire la tradition le jour du mariage;

(1) Pardessus, Diplôme, t. I.

(2) En sens contraire, Kœnigswarter, p. 405, en note; L. Ripuar., 37.

primitivement en effet la *traditio per chartam* n'était pas connue. Alors, dans ce cas, on comprenait que les héritiers pussent venir réclamer la dot qui avait été livrée tandis que, dans l'autre cas, la femme, puisqu'on ne lui avait pas constitué de dot, n'avait reçu aucune tradition des 50 solidi; les héritiers ne pouvaient donc rien réclamer. Mais nous ne pouvons admettre, avec un savant jurisconsulte, qu'il en oit ainsi, parce que la dot restant confondue dans les biens du mari ne pouvait être réglée par la loi que dans le cas de survie de l'épouse ou dans celui de répudiation (1). Si la dot consistait dans une quote-part de la succession du mari, nous comprendrions à la rigueur le motif donné; mais cette dot consiste en 50 sous d'or. Si dans ce cas la femme doit survivre, pourquoi dans le cas où le mari lui aurait constitué *per seriem scripturarum* 30 solidi, par exemple, ne devrait-elle pas survivre également à son mari pour gagner cette dot? Nous croyons donc que ce motif ne peut être invoqué.

Dans le droit anglo-normand, si la *sponsa* survit à son mari, elle aura pour toujours la dot qui lui a été donnée par charte ou par témoins, sa *morgangiva*, et le tiers de tout ce qu'elle a gagné avec son mari (2).

Dans la loi des Lombards, il faut distinguer si la femme survit au mari ou celui-ci à la femme. Dans la première hypothèse, soit que la veuve reste dans la famille du mari, soit qu'elle se remarie, soit qu'elle rentre dans sa famille, elle retient toute la dot, et la laisse à ses héritiers, après sa mort. Dans la seconde, le mari survivant hé-

(1) Ginoulhiac, p. 193, 194 et notes.
(2) Houard, t. 1, p. 338. Const. Angl. Norm., Henri, 70.

rite de la dot ainsi que des autres choses appartenant à la femme (1).

Que du reste, dans le droit commun, la dot de la femme consistât en pleine propriété pour cette femme, si elle n'avait pas d'enfants, c'est ce qui nous paraît résulter d'abord du mode de constitution *per festucam et andelangum*, mode de transmission de propriété, d'après la loi Salique, dont nous avons déjà parlé; ensuite des nombreuses formules de constitution de dot que nous possédons et qui toutes paraissent attribuer à la femme un droit absolu de propriété, en ne réservant que le cas où elle laisserait des enfants pour la réduire à un simple droit d'usufruit (2).

La dot était transmise à la femme du jour de la constitution qui en avait été faite, pourvu toutefois que le mariage suivît, du moins dans le cas de constitution *per festucam atque andelangum*. Dans le cas de constitution *per solemnitatem scripturarum*, il semble résulter des formules gallo-romaines que la dot n'était remise à la femme qu'au jour du mariage. Mais on pouvait, en attendant, la remettre à un mandataire ou à un envoyé de la jeune fille (3).

Ainsi, pour nous résumer, le droit qui appartient à la femme sur la dot est en général un droit de propriété indépendant de toute condition de survie, et nous ferons remarquer à cet égard que ce droit était une dérogation introduite en faveur de la femme au principe de la pro-

(1) Rotharis, 216; Aist., 14; Liutpr., 14 et 114; Edict. Roth., 199.

(2) Lindenb., form. 75 et 79; Marc., lib. 2, form. 15; Sirm., form. 14; form. andeg., 1. Nous croyons retrouver dans cette dernière formule un souvenir de l'ancienne *in jure cessio* romaine.

(3) Form. andeg., 15.

priété que le droit germain reconnaissait à la famille (1), et qui se traduisait dans la pratique par plusieurs conséquences telles que l'exclusion du testament, le retrait, le privilége des mâles. Mais à cette règle générale, il y a des exceptions dans la loi des Ripuaires, des Allamans, et pour partie dans la loi Salique. Nous croyons donc que c'est une erreur de vouloir ramener toutes les décisions de ces différentes lois à un principe uniforme qui accorderait toujours à la femme ou un droit de propriété, ou bien au contraire un simple droit d'usufruit; ou un droit dépendant, ou bien au contraire un droit indépendant de sa survie (2). Du reste, dans tous les cas, la femme ne pouvait rien réclamer de ce que son mari et elle avaient pris et consommé en commun sur la dot (3).

La dot de la femme comprend en général des objets individuels, mais dans la loi des Visigoths, cette dot peut comprendre, croyons-nous, une quote-part, le dixième du patrimoine. Enfin, la femme en devient propriétaire au moment du mariage, ou même rétroactivement, au moment des *sponsalia*. Toutefois le mari en a l'administration, en vertu de son *mundium*, pendant le mariage, comme nous verrons qu'il en a l'administration, après la mort de sa femme, pendant la minorité des enfants. Nous remarquerons, en terminant, que sauf dans la loi Salique et peut-être la loi des Bourguignons, le convol de la veuve n'entraîne en rien contre elle la diminution de sa dot et jamais sans exception la déchéance complète de cette dot (4). Cependant dans la loi des Anglo-Saxons, une

(1) L. Sax., 15, 3; et 17.

(2) Gide. Cond. priv. de la femme, p. 376; Ginoulhiac, p. 193 et 194; Kœnigswarter, p. 405; et Rive, p. 83.

(3) L. All., t. 55, 1.

(4) L. Allam., t, 55, 1; L. Baiuv., t. 14. 7, 2; L. Burg., t. 62, 2; Edict. Roth., 199, et Aist., 14.

veuve qui se remarie, dans sa première année de veuvage, perd son morgengabe et tous les biens qu'elle a eus de son mari ; les plus proches parents de ce dernier recevront la terre et tout ce qu'elle avait auparavant (1).

Quel était le droit des enfants sur la dot de la femme? Nous pouvons encore rattacher nos développements sur cette question à la phrase de Tacite qui nous a servi de point de départ pour établir l'origine germanique de la dot et par suite du douaire : « *Accipere se quæ liberis inviolata ac digna reddat, quæ nurus accipiant rursusque ad nepotes referant.* » Tac., cap. 18 *de Mor. Germ.* Ainsi, on le voit, la femme devait transmettre ce qui lui était remis en dot à ses enfants ; les lois barbares témoignent, avec les formules de cet usage. Et d'abord, dans la loi Salique, la veuve qui se remarie ne peut vendre ni donner quoi que ce soit de sa dot qui revient aux enfants. C'est la même législation que celle de la loi *Feminæ quæ*, et peut-être cette loi n'est-elle pas restée étrangère, puisqu'elle faisait partie du Code Théodosien, à l'inspiration de cette partie de la loi Salique ajoutée par Clovis à la loi primitive. Nous avons déjà dit que la dot, dans le droit Canonique , prenait le nom de *donatio propter nuptias.* Les Capitulaires de Clovis additionnels à la loi Salique ne permettent pas non plus au mari de doter sa seconde femme avec la dot de la première; cette dot revient aux enfants : c'est le droit que nous trouverons plus tard dans Beaumanoir, le livre de justice et de plet, et enfin dans la coutume de Paris. C'est aussi le droit qui résulte de la constitution *generaliter* au Code (2). Mais, comme cette

(1) Cn., II, 73.

(2) L. Salic., 71 et 72 ; edict. Chlodov., an 500, §§ 1 et 2 ; Cod. Justin., lib. 5, t. 9, l. 3, et C. Theodos., lib. 3, t. 8, l. 2, an. 382 ; Grégoire de Tours, 9, 42 ; C. Justin., lib. 5, t. 9, l. 5, et No-

constitution ne faisait pas partie du Code Théodosien, puisqu'elle avait été rendue en 444, nous devons sans doute nous borner à constater une analogie curieuse entre deux législations différentes dont la raison nous paraît être que l'équité et la justice ne pouvaient permettre, dans le droit d'aucun peuple, au mari ni à la femme, d'apporter à une nouvelle famille les biens qu'ils tenaient de leur premier époux.

Dans la loi des Wisigoths, la veuve ne peut disposer de la dot par testament que si elle ne laisse pas d'enfants, et les formules Wisigothiques publiées par M. de Rozière sont conformes à cette législation (1).

Enfin, il résulte de la loi des Saxons que la femme en présence des enfants n'avait pas l'usufruit de sa dot (2).

Les formules germaniques qui sont l'expression des mœurs, encore à un plus haut degré que les lois, confirment cette législation barbare (3). Entre autres, la formule 9 du livre II, de Marculphe est très-intéressante. Il en résulte ce que nous apprenait déjà la loi Salique, du reste, que la dot de la femme revient, après sa mort, à ses enfants, et que le père n'y peut prétendre aucun droit sans leur autorisation. C'est un véritable douaire pour les enfants, dans le sens attaché à ce mot, au moyen âge.

Nous connaissons la nature du droit de la femme sur la dot; il reste à nous demander quelle était la nature et

ville, 98, c. 1. — Il faut bien reconnaître cependant que le droit de Justinien a exercé une certaine influence sur le droit barbare. Vid. supr. chap. 1, not. 42 et 44.; et Schrœder, p. 97, not. 5.

(1) L. Wis., lib. 4, t. 5, 2; form. Wisig., 17 et 20, édit. Rozière.

(2) L. Sax., t. 8.

(3) Lind., form. 78; form. de St-Gall., 7 et 8, édit. Rozière. Ces dernières formules ne reconnaissent à la femme qu'un droit d'usufruit, dans tous les cas, qu'elle laisse des enfants, ou qu'elle ne laisse pas d'enfants.

l'étendue de son droit sur le morgengabe. Ici encore, nous ne pouvons donner une réponse absolue. Dans la loi des Lombards, le morgengabe ne peut dépasser le quart des biens ; cette loi détermine donc un maximum comprenant une quote-part du patrimoine. Que le morgengabe revienne au mari, après la mort de la femme, c'est ce que prouvent jusqu'à l'évidence, selon nous, les lois de Rotharis d'après lesquelles le mari coupable de meurtre sur la personne de sa femme perdra le *faderfium* et le morgengabe qui seront recueillis par les enfants de cette femme, et à leur défaut, par ses autres parents. Cela revient à dire que dans l'ordre normal des choses, le mari recueillera le morgengabe et le *fader fium* après la mort de la femme. Mais ce droit changea plus tard, et le morgengabe fut constitué à la femme et à ses héritiers. C'est ce qui nous paraît résulter nécessairement d'une charte de 1044, citée par Baluze et par Auguste Galland (1). La seule conciliation entre cette charte et les lois de Rotharis, c'est d'admettre un changement de législation analogue à celui que nous avons constaté dans la loi Salique relativement à la dot.

Peut-être cette transformation est-elle due à ce que le morgengabe tendait à se confondre avec la dot. En effet, Luitprand, afin de prévenir les parjures, ordonna que le morgengabe serait constaté par un écrit signé de plusieurs témoins, et comme, sous le règne de Luitprand, la *meta* n'était déjà plus promise au mundoald mais à la femme elle-même, on en vint à constater sans doute dans un même écrit le morgengabe et la dot, ce qui dut amener la confusion de ces deux institutions entre elles (2).

(1) Baluze, Append. 43, et Aug. Galland, p. 323.

(2) Form. ad leg., 196 Roth., et ad eg., 183 ; L. Roth., 200, 201 ; Ginoulhiac, 204 ; Liutprand, 7 et 117.

Dans la loi des Burgondes, la donation nuptiale de la veuve qui se remariait, conservée par elle pendant sa vie, était transmise, après sa mort, à ses enfants; si elle ne laissait pas d'enfants, cette donation nuptiale était partagée également entre ses parents et ceux du mari défunt. Telle est la décision de la loi des Burgondes sur la donation nuptiale de la veuve qui se remarie; or, le rapprochement du titre 24,1 avec les titres 42,2 et 62,2 prouve que sous le nom de donation nuptiale, et quelquefois de *dos*, le législateur parle du morgengabe (1).

La veuve, chez les Anglo-Saxons, conservait le morgengabe pour elle et ses agnats, à moins qu'elle ne se fût remariée avant l'expiration d'un an depuis la mort de son mari (2).

Nous arrivons à la loi des Saxons qui traite du morgengabe sous le nom de *dos*. Nous devons distinguer entre la coutume des Angrarii et des Ostphalai et celle des Westphalai. Dans la première coutume, il faut distinguer encore : si la femme a eu des enfants, à sa mort la dot reviendra à ses enfants, ou, si les enfants sont morts avant elle, à ses plus proches héritiers. Si la femme n'a pas eu d'enfants, la dot reviendra à son mari survivant, à son défaut c'est-à-dire si la femme lui survit, à ses plus proches héritiers. Dans la seconde coutume, il faut aussi distinguer : Si la femme a eu des enfants, elle perd la dot; si elle est demeurée stérile, elle conserve pendant toute sa vie l'usufruit de cette dot qui revient, après sa mort, au donateur, et à son défaut à ses plus proches héritiers. La pensée de la loi nous paraît être que, si la femme a des enfants, on

(1) En effet, la donation nuptiale et la dot, dans cette loi, sont remises directement à la jeune fille, tandis que le prix du *mundium*, au contraire, ou le wittemon, était remis au mundoald.

(2) Cnut., 2, 73.

ne doit pas lui accorder une dot qui puisse nuire à leurs intérêts. Ainsi, en résumé dans les deux premières tribus la dot consiste tantôt en un droit de simple jouissance et tantôt en un droit de propriété, tandis que dans la dernière tribu la femme n'a jamais qu'un droit d'usufruit sur cette dot ; mais en revanche elle recueillait la moitié des conquêts qui avaient été faits pendant le mariage, tandis que dans les deux premières tribus elle était réduite à sa simple dot (1). Nous ne croyons pas que cette attribution des conquêts soit destinée à remplacer la dot. La rubrique du titre, *des acquêts*, et le texte même de la loi sont trop généraux pour permettre cette interprétation. Il ne s'agit donc pas uniquement ici de la femme qui a des enfants, et nous croyons que chez les Westphaliens la veuve qui n'avait pas d'enfants recevait parfaitement la dot et la moitié des conquêts.

D'après ce que nous avons dit, on voit qu'il est inexact de prétendre d'une manière absolue que le morgengabe consiste toujours en un droit d'usufruit, ou qu'il implique toujours la condition de survie (2); ce que dément encore du reste, le traité de paix entre Gontran et Childebert, de même que certaines coutumes féodales héritières de la tradition germanique. Ainsi, dans l'ancienne coutume de Reims, la femme avait le droit de garder et de transmettre à ses héritiers les dons faits par son mari le jour du mariage et ceux faits le lendemain jusqu'à l'heure de l'époux, ce qui rappelle évidemment le don du matin, le morgengabe du droit germanique (3). Enfin dans le Miroir de saxe résumant le droit d'une partie de l'Alle-

(1) L. Sax., t. 8 et 9; Rive, p. 75.

(2) En sens contr., Ginoulhiac, p. 203, 204, et Kœnigswarter, pag. 409.

(3) Varin, Arch. législat. de Reims, t. 1, p. 627, 8, § 4.

magne où le morgengabe se maintint pendant tout le moyen âge, le douaire est constitué en usufruit et au contraire le morgengabe en pleine propriété transmisible aux héritiers de la femme (1). Rien ne prouve non plus que le morgengabe portât toujours sur une quote-part des biens. Ces observations sont importantes parce qu'elles vont nous servir à déterminer la part d'influence du morgengabe dans l'élaboration du douaire. Le morgengabe se fondit dans la dot, ceci est certain ; mais nous croyons que son influence sur l'organisation postérieure de la dot devenue le douaire du moyen âge ne fut peut-être pas aussi grande qu'on veut bien le dire ; et si nous avons fait remarquer, avec soin, que le morgengabe ne consistait pas toujours en un droit d'usufruit à une quote-part, dépendant de la survie des femmes ; tandis qu'en sens inverse la dot barbare pouvait consister, dans certaines législations, en un droit à une quote-part du patrimoine, comme dans la loi des Wisigoths par exemple, et dans d'autres législations en un droit d'usufruit attaché à la survie de la femme ; c'est que nous nous préparions à combattre le système d'après lequel la dot serait entièrement redevable au morgengabe de ces différents caractères qui lui manquaient et qu'elle s'assimila sous la période suivante (2). En effet, il y a eu confusion, il y a eu

(1) Sachsensp. 1, 20; 21 ; § 1; 23.

La raison de cette différence vient sans doute de ce que le morgengabe portait seulement sur les meubles, tandis que le douaire portait sur les propres. Et c'est aussi cette différence dans l'objet des deux droits qui peut expliquer pourquoi le consentement des héritiers était requis pour rendre valable la constitution du douaire, tandis que le morgengabe pouvait être constitué sans ce consentement.

(2) Ainsi, nous ne pouvons rattacher, comme on le fait ordinairement, la règle que : *au coucher, la femme gagne le douaire*, au mode d'acquisition du morgengabe. Cette règle nous paraît

influence, mais tous les changements ne se trouvent pas expliqués ainsi. Cependant, dans la législation lombarde, il est certain que le morgengabe contribua à substituer aux biens individuels qui faisaient primitivement l'objet du douaire une quote-part du patrimoine de l'époux. L'ancien maximum du quart devient le taux ordinaire du morgengabe avec lequel la dot se confond (1). On peut également suivre, au XIe siècle, dans plusieurs chartes, la confusion qui s'opère entre le morgengabe et la dot. Comme preuve de cette confusion, nous voyons dans une charte de 827 la cause à laquelle se rattachait le morgengabe, c'est-à-dire la beauté de l'épouse, servir de cause également à la constitution de la dot (2).

Nous l'avons dit, cette confusion est certaine, et elle fut amenée par la marche progressive des institutions. La dot dut se confondre avec le morgengabe lorsque, sous l'influence spiritualiste de l'Église, la théorie primitive de l'achat de la femme eut disparu. Une partie du prix fut d'abord attribuée à la femme, ensuite la totalité, ce qui prépara l'abrogation de la législation primitive sur l'achat de la femme. Ensuite l'Eglise, tout en respectant la *Dructio* de la législation germaine, décréta la publicité et la consécration du mariage par le prêtre ; ce qui dut porter un second coup mortel à la théorie du mariage par l'achat de la femme. Ce point de vue fut d'ailleurs mis à l'index, sous l'inspiration du droit canonique, par le droit civil lui-même. Les lois et les chartes nous font assister à

avoir une origine canonique et dériver de la distinction entre le *matrimonium ratum* et le *matrimonium consummatum*.

(1) D'Achery spicilegium, t. 12, n° 36, p. 155 ; Baluze App. 43, charte de 1044 ; A. Galland, p. 323, charte de 1026.

(2) Baluze, Append., 43.

Un diplôme de 1229 indique bien cette confusion : « cum do-« talitium quod dicitur Morgengab matris suæ fuerit. » Shannat Ep. Wormat., 1, 20.

cette transformation et à cette purification du mariage, qu'elles placent sous l'invocation des grandes maximes morales de l'Evangile, en séparant par une distinction profonde l'union des corps de l'union des âmes, ou plutôt en subordonnant la première union à la seconde (1). Alors la constitution d'une dot n'étant plus envisagée que comme une sorte de donation faite par le mari à la femme dut se confondre avec le morgengabe qui présentait précisément ce même caractère.

Mais également sur le morgengabe confondu avec la dot, l'Eglise exerça son influence, en purifiant cette institution qu'elle dépouilla de son caractère grossier. Ce ne fut plus le *pretium virginitatis* constitué seulement après le mariage, *port noctem nuptialem ;* ce fut un simple avantage fait par le mari à la femme, une dette de reconnaissance qu'il acquittait envers celle qu'il unissait à son âme comme à son corps, et dont il devait assurer l'avenir. C'est ainsi que la constitution du morgincap dans la loi lombarde fut reportée avant le mariage et que ce morgincap devint nécessaire comme la dot avec laquelle il s'était confondu. Du reste, cette confusion ne se produisait pas dans toutes les législations. Dans le Miroir de Saxe, le morgengabe est maintenu à côté du douaire; il ne peut porter que sur les meubles (2).

(1) L. Cnut., 72, et L. Edmond, Houard, t. VIII, Cap. reg. Franc., lib. 1, cap. 97, 98, 99, 223, 224, 225 ; Marc. Append., 37. — Vid. les chartes citées par Ducange, v° Dos., et une charte curieuse citée par M. Beugnot, Assises, t. 2, p. 116.

« In nomine... ego Adalbertus te dilectissimam Bertam nobi-
« lem, elegi in copulâ legitimi matrimonii non causâ explendi
« libidinis sicut equus et mulus, quibus non est intellectus, sed
« benedicatus Deus in generationibus nostris qui est benedictus
« in sæcula..... anno ab incarnatione Domini millesimo sexage-
« simo nono, regnante rege Heinrico. »

(2) Sachs., 1, 20; 21; § 1; 23, et Houard, t. 1, p. 338 ; L. Henr., 70.

Cette confusion ne suffit donc pas, comme nous l'avons dit, à expliquer la transformation de la dot devenue le *dotalitium*, avec ses nouveaux caractères de droit d'usufruit affectant une quote-part du patrimoine de l'époux prédécédé. Il faut rattacher cette transformation encore à d'autres causes.

Nous avons vu que déjà, sous la période barbare, le droit de la femme était limité à un simple usufruit par plusieurs lois dans tous les cas, que la femme eût ou non des enfants, et par toutes les lois s'il s'agissait d'une femme qui eût des enfants. Plus tard, croyons-nous, cette législation fut généralisée et devint commune à toutes les femmes qui n'eurent plus qu'un droit viager, même celles qui ne laissaient pas d'enfants. On considéra sans doute pour la transformation du douaire en un simple droit d'usufruit l'intérêt des héritiers du mari, intérêt pris en considération par le Miroir de Saxe pour le douaire, et le Miroir de Souabe pour le morgengabe. Ces deux coutumiers exigent le consentement des héritiers, quand le mari veut faire porter le douaire ou le morgengabe sur ses propres, quoique cependant il ne s'agisse que d'un droit viager, du moins dans le Miroir de Saxe(1). Enfin, on considéra qu'il suffisait d'assurer l'avenir de la veuve et que la faveur dont on l'entourait ne devait pas être étendue jusqu'à ses héritiers ; nous le répétons : on généralisa le droit en usage, quand il y avait des enfants.

Ensuite, l'esprit du droit germanique, aussi bien que l'esprit du droit féodal son continuateur, étant de conserver les propres dans la famille, ce principe dut contribuer puissamment à convertir le droit de la femme en un droit simplement viager, surtout quand les Germains de plus en plus profondément initiés à la propriété immobi-

(1) Mir. de Souabe, 21 et 22; Sachs., 21, § 1.

lière, eurent affecté des immeubles à la dot de leurs femmes; et ce qu'on décida du droit de la femme sur les immeubles fut ensuite étendu aux meubles dans le douaire conventionnel. Et puis le mari, en vertu de son *mundium*, administrant les biens qui faisaient partie de la dot, et les fruits de cette dot pouvant être consommés, on dut en venir à cette conclusion que, puisqu'il n'y avait pas en réalité dessaisissement actuel du mari, la femme ne pourrait exercer son droit au douaire qu'après la mort de ce mari; en un mot que le douaire serait subordonné à la condition de survie. Ce caractère viager que contracte la dot apparaît d'une manière certaine dans deux actes importants du XIIe siècle, les lettres de Louis VI accordant une commune aux habitants de Laon, et les lettres de Philippe-Auguste qui accordent également une commune aux habitants d'Amiens (1).

La dot en arriva aussi, sous le nom de douaire, à comprendre une quote-part du patrimoine. A partir du IXe siècle, nous voyons mentionné dans un grand nombre de chartes le consentement de la femme à l'aliénation des biens du mari; soit que celui-ci donne ses biens en précaire ou qu'il fasse une donation proprement dite, la plupart du temps, il réserve l'usufruit du bien à sa femme, après sa mort. Nous croyons que ces chartes marquent la transformation du douaire en un droit d'usufruit affectant une quote-part du patrimoine. En effet le consentement de la femme n'apparaît pas encore dans les chartes, au VIIIe siècle, parce que sans doute le douaire alors consistait en objets particuliers. A partir du IXe siècle, cette mention devient de plus en plus fréquente. La femme vient donner son consentement à l'aliénation du bien, elle est en quelque sorte assimilée aux enfants qui avaient

1) Ordonnances, t. 11, p. 185, 13, et 264.

un droit de copropriété sur les biens, et dont le consentement pour cette raison était nécessaire (1). Nous trouvons au XIe siècle des documents qui prouvent d'une manière certaine cette transformation alors accomplie. Et d'abord, une charte dont Baluze place la date vers l'année 1040, reconnaît au profit de la femme un droit à la moitié des biens du mari. C'est en ce sens qu'on doit évidemment interpréter, selon nous, une autre charte de 1069, citée par M. Beugnot dans le tome II des Assises de Jérusalem. Nous ferons remarquer également une charte de 1092, extraite du Cartulaire de saint-Hilaire de Poitiers et qui réserve sur une donation le droit de la femme à la moitié de l'immeuble en usufruit. Enfin au XIe siècle et au XIIe siècle, comme dans les siècles précédents, c'est en ce sens que nous croyons pouvoir interpréter un grand nombre de chartes extraites de nos différents cartulaires et qui mentionnent le consentement de la femme à l'aliénation des propres du mari (2).

(1) Monumenta anecdota (Georgius Guillelmus Zapf, Augsbourg, in-4°, 1807), p. 24, 12, 21 déc. 888; p. 25, 13, 5 sept. 891, p. 28, 14, 27 avril 893 : pag. 115, 51, an. 1209 ; p. 450, 15, an. 888.

Codex diplomaticus intra fines diocesis Constanciensis (Saint-Blaise, 1791, 2 vol. in-4), tom. 1er, pag. 610, n° 754, an. 965 ; p. 503, n° 614, an. 895; tom. 2, p. 15, n° 813, an 931 ; p. 33, n° 825, an 1083 ; p. 108, n° 879, an 1180. — Urkundenbuch, von Heinrich Beyer, p, 324, n° 268, an 993 ; p. 278, n° 220, an 994 ; p. 324, n° 170, an. 929 ; p. 276, n° 218, an 964; p. 307, n° 251, an. 978 ; p. 265, n° 205, an. 959.

(2) Baluze, tom. 2, pag. 398 ; Beugnot, tom. 2, p. 116 ; Mémoire de la Société des Antiquaires de l'Ouest, t. 14, p. 111 ; Cartulaire de Saint-Père-de-Chartres, p. 88 et 144, 145, chartes de 1067 et 1080; Cartulaire de Notre-Dame-de-Bon-Port, p. 24; Cartulaire de Vaux-de-Cernay, p. 51 et 64, 72 ; Cartulaire de Notre-Dame de Paris, tom. 1, p. 121, CXLIII, charte de 1204, *in censu meo ;* et p. 85, LXXXIV, charte de 1205, *quidquid habebat ;* Acte de vente de 1195, p. 53, XLIV ; Trésor des chartes, tom. 1,

Après avoir étudié la transformation de la dot en douaire conventionnel, nous devons rechercher maintenant les origines du douaire légal ou coutumier.

C'est le moment de nous rappeler ce que nous avons dit plus haut, sur le droit de succession en usufruit reconnu à la femme par les lois barbares. Mais il s'agit de bien préciser la question. Et d'abord est-il vrai, que déjà, dans les lois barbares, le morgengabe ne pût se cumuler avec le droit de succession (1), comme cela arriva plus tard pour le douaire conventionnel qui devint incompatible avec le douaire coutumier ; en un mot est-il vrai de dire que les lois dans lesquelles il n'était pas question du morgengabe reconnaissaient en revanche un droit de succession au profit de la femme, tandis que celles reconnaissant le morgengabe n'auraient admis aucun droit de succession? Nous croyons le contraire. De l'aveu même des partisans de ce système, les coutumes des Allamans et des Lombards ne confèrent à la veuve aucun droit tacite si le mari ne lui a pas constitué de morgengabe. Nous ne leur permettrons pas de s'appuyer sur ce que dans la loi des Wisigoths qui ne parle pas du *donum matutinum*, la femme a une part en usufruit qui paraît suppléer le morgengabe absent, car nous avons déjà signalé, dans le recueil de M. de Rozière, une formule qui prouve la pratique du morgengabe chez les Wisigoths. Enfin dans la loi des Saxons, il nous paraît résulter de la combinaison du t. VIII, § 4 avec le t. IX, que chez les Wesphaliens, quoi qu'en dise l'opinion contraire, la femme qui n'avait

p. 72. an 1153... « promisitque quod id ipsum ab uxore suâ li-« bere concedi et ratum haberi faceret. »

(1) Ginoulhiac, p. 227 ; Kœnigswarter, p. 411, 412 ; Schrœder, p. 109.

pas d'enfants cumulait le morgengabe avec le droit à la moitié des conquêts. Nous croyons d'ailleurs qu'il s'agit ici d'un droit de propriété au profit de la femme et non d'un droit de succession en usufruit. Mais ce n'est pas tout, la loi des Burgondes reconnaissait formellement ce cumul; et le passage de la loi des Ripuaires, dont les partisans du système que nous combattons prétendent tirer parti, nous paraît susceptible d'un sens très-différent de celui qu'ils proposent : Nous ne croyons pas du tout qu'on doive interpréter ainsi le *vel quidquid* du t. XVIII, § 2; et, d'après nous, le mot *similiter* semblerait plutôt indiquer un cumul. Du reste, nous croyons qu'il s'agit encore ici d'un droit de propriété sur les conquêts, et non d'un droit de succession; en un mot nous croyons que la phrase incidente : « *si supervixerit* » n'affecte que la dot, et nullement le droit au tiers des conquêts dus à la collaboration des époux.

Et ceci nous amène à déclarer que nous nous refusons complétement à admettre la théorie qui considère le droit de la femme à un tiers ou à la moitié des biens acquis en commun, comme un droit analogue à son droit de succession sur les propres du mari (1), ce qu'on ne peut soutenir qu'en faisant violence à des formules expresses de Marculphe ; et qui prétend en conséquence que cette moitié ou ce tiers ont tenu lieu à la femme de douaire légal, à défaut d'un douaire conventionnel. Or, comme nous l'avons déjà dit, ce droit à la moitié ou au tiers des acquêts, droit indépendant de la survie, doit être considéré comme le premier germe de notre communauté légale. C'est donc un erreur, croyons-nous, de lui faire remplir les fonctions du douaire, à côté duquel il s'est toujours maintenu sans aucune confusion. Il n'y a qu'une exception unique

(1) Kœnigswarter, p. 417.

dans la loi des Angrarii et des Ostphalai, chez lesquels la femme n'a droit qu'à sa dot. Tout ce qu'on peut dire c'est que le taux du droit de la femme aux acquêts produits par la collaboration commune a peut-être influé, dans une certaine mesure, sur la détermination du taux qui fut assigné au droit de la veuve douairière sur les propres du mari. Mais là se borna et devait se borner l'influence de ce droit, qui différa toujours essentiellement, à toutes les époques, du droit de la femme à la dot; sous la période barbare, en ce que la dot était constituée ordinairement en biens actuels, existants au moment du mariage, tandis que cette *media* ou *tertia pars* comprenait les produits futurs de la collaboration commune ; sous la période suivante, en ce que ce droit investissait la femme de la propriété aux acquêts, tandis que le douaire ne l'investissait que d'un droit d'usufruit sur les biens présents, ou ceux venus de succession en ligne directe.

Nous arrivons maintenant au droit de succession proprement dit de la femme dans la législation barbare, et à son influence sur l'élaboration de notre douaire coutumier du moyen âge. Et d'abord nous croyons que, sous la seconde race, il y avait, dans tous les cas, un douaire constitué du moins en paroles, *ante ostium Ecclesiæ*. Les Capitulaires en faisaient un préalable nécessaire du mariage, et nous ne pouvons admettre, avec M. Kœnigswarter, qu'aucune sanction n'avait été établie à cet égard. La sanction existait parfaitement, puisqu'on ne pouvait procéder à la célébration du mariage qu'après la constitution d'un douaire (1). Mais si on ne s'était pas expliqué sur la consistance de ce douaire, en un mot, si, malgré les paroles prononcées *ante ostium Ecclesiæ*, et que nous rapporte Beaumanoir : « Du douaire dont il a été devisé en-

(1) Burchard. Decret., lib. 9, cap. 1, 2, et lib. 19, cap. 5.

tre mes amis et les tiens je te doue » (1) aucun douaire n'avait été devisé, ou si le douaire établi était insignifiant, la femme n'avait d'autres ressources, sauf dans les lois qui reconnaisaient une dot légitime, que son droit de succession sur les biens de son mari. Lorsque, par suite des différentes causes que nous avons signalées plus haut, le douaire conventionnel eut contracté la nature d'un droit viager dépendant de la survie de la femme, le droit de succession de la femme présentant les mêmes caractères fut regardé comme un douaire légal qui suppléait l'absence du douaire conventionnel. La femme n'en dut pas moins sans doute primitivement, quand le mari avait déterminé les objets sur lesquels se prendrait le douaire, exercer le droit de succession qui lui appartenait. Elle cumula ainsi un douaire conventionnel avec ce qui plus tard devait devenir un douaire coutumier. Ceci est certain pour l'époque Mérovingienne et Carlovingienne où la dot se cumulait parfaitement, de même que le morgengabe, selon nous, avec le droit de succession reconnu à la femme. Et postérieurement, nous rencontrons encore ce cumul de la dot et du droit de la femme à une quote-

(1) C'est en ce sens, selon nous, que Beaumanoir et Pierre Desfontaines ont pu dire qu'avant Philippe-Auguste le douaire était toujours conventionnel. Beaumanoir, XIII, 12, édit. Beugnot; Pierre Desfontaines, cap. 21, n° 45, édit. Marnier.

Il semble bien résulter de Glanville que, même dans le cas où le mari ne déterminait pas la quotité de la dot, la déclaration *ad ostium Ecclesiæ* n'en était pas moins nécessaire ; et nous croyons que cette déclaration se maintint même sous le régime de l'ordonnance de Philippe-Auguste et des Etablissements de saint Louis, qui, cependant, paraissent ne reconnaître que le douaire légal et et non le douaire conventionnel : *Dos enim vulgariter dicitur id quod aliquis liber homo dat sponsæ suæ ad ostium Ecclesiæ... Cum quis autem sponsam suam dotat, aut nominat dotem, aut non.* Glanville, lib. 6, cap. 1, 1 ; Etabl. de Saint-Louis, lib. 1, cap. 11.

part des biens du mari consacré par une loi du roi Edmond (940 à 946) (1).

Tant que le douaire conventionnel consista en un droit de pleine propriété (2), dans la plupart des cas, indépendant de la survie, comprenant des biens isolés, ce cumul put se maintenir, puisque le droit de succession de la femme avait une sphère d'application différente. Mais ensuite, quand on en fut venu à décider que le douaire de la femme ne consisterait plus qu'en un droit d'usufruit subordonné à la condition de survie, transformation qui fut amenée par le concours de plusieurs causes que nous avons signalées plus haut, auxquelles il faut ajouter peut-être l'influence de cette institution parallèle à la dot, le droit de succession reconnu à la femme; et quand aussi, ce que plusieurs chartes attestent, on eut fait porter dans certains cas ce douaire conventionnel sur une quote-part du patrimoine, ces deux droits ne purent sans doute se maintenir l'un à côté de l'autre; leurs sphères d'application se confondirent. On remarquera en effet que dans la loi des Burgondes, des Bavarois, des Wisigoths qui admettaient au profit de la femme concurremment un droit de succession et une dot, ces deux droits avaient une nature parfaitement tranchée, puisque le premier consistait en usufruit et le second en propriété, indépendamment de la survie.

Ainsi ce droit de succession de la femme compatible autrefois avec la dot et le morgengabe, ne put désormais,

(1) Houard, Lois anglo-normandes, tom. 1, 8, L. Edmond.

(2) Nous croyons que la coutume du Nivernais, au moyen âge, la coutume de Sens, au XVIe siècle, qui admettent un droit de propriété au profit de la veuve douairière, représentent la tradition germanique qu'ils continuent. Anc. cout. de la ville de Bourges, 58; Cout. de Sens, 169. Voir la troisième partie de notre étude.

à partir d'une certaine époque, coexister avec la dot et ne fut appelé à jouer un rôle qu'à défaut d'une détermination expresse des biens sur lesquels porterait cette dot. Et nous l'avons déjà dit, ce droit de succession dut aussi contribuer avec les autres causes, à transformer la dot conventionnelle barbare et à la revêtir de son nouveau caractère. Mais réciproquement cette dernière institution dut aussi le pénétrer lui-même, dans une certaine mesure, de son influence, et entra peut-être pour quelque chose dans le changement relatif à l'époque choisie autrefois pour l'évaluation du patrimoine, sur lequel une quote-part était prise. Dans le droit de succession primitif, c'était sur le patrimoine laissé par l'époux à son lit de mort que la femme prenait une moitié ou un tiers. Dans notre douaire coutumier du moyen âge, ce fut sur le patrimoine du mari tel qu'il se comportait au moment du mariage; sauf cependant dans le droit des assises, les anciens usages d'Artois, et, si nous passons à notre droit coutumier, dans les coutumes du Berry, de l'Anjou, du Maine, de la Touraine, et dans la nouvelle coutume d'Artois. Cette jurisprudence est très-remarquable parce qu'elle semble révéler la filiation que nous proposons d'admettre. En effet, dans cette jurisprudence, c'était sur la *succession immobilière* du mari que se prenait le douaire coutumier, ou du moins sur les immeubles recueillis par lui de toutes successions soit directes, soit même collatérales. Nous le répétons, nous serions tentés d'expliquer cette jurisprudence en disant que ces diverses coutumes sont demeurées fidèles aux anciennes règles de la succession germanique de la femme sur les biens du mari. Du reste, dans presque toutes les coutumes, la femme prenait son douaire, au moyen âge et dans notre droit coutumier, non-seulement sur les biens du mari tels qu'ils se comportaient au mo-

ment du mariage, mais aussi sur les biens qu'il avait recueillis, pendant son vivant, de successions en ligne directe; n'est-ce pas une révélation de la marche que la législation avait suivie?

Et nous expliquerions aussi la jurisprudence de certaines coutumes du moyen âge, de la coutume d'Amiens par exemple, et de certaines coutumes du XVIe siècle, celles d'Amiens, d'Abbeville, d'Issoudun, de Cambray, de la Rochelle, de la Marche qui n'admettaient que le douaire conventionnel, en faisant remarquer que ce droit de succession des lois germaines n'était pas absolument général, et qu'il a dû en être de même du douaire coutumier, c'est-à-dire d'une institution qui en était sortie.

Le douaire coutumier emprunta aussi, croyons-nous, au douaire conventionnel la prohibition pour le mari d'aliéner les immeubles grevés du douaire; primitivement, et toujours à raison de son origine, cette prohibition dut être inconnue au douaire coutumier qui n'était autre chose qu'un droit de succession sur le patrimoine du mari, tel qu'il se comportait au moment de la mort(1). Du reste, c'est encore l'organisation du douaire coutumier dans les assises, les coutumes du Berry et du Bourbonnais; et c'est peut-être aussi pour cette raison que la femme ne fut investie que tard et avec difficulté, comme nous le verrons dans la suite, du droit de rechercher les immeubles aliénés entre les mains du tiers acquéreur. Enfin, tandis que, sous la période germaine, le droit de succession de la femme se perdait par son convol à un second mariage, le douaire coutumier fut conservé à la femme même dans ce cas. Ce fut un nouvel emprunt à la législation qui régissait la dot conventionnelle.

(1) Sur toutes ces coutumes et pour les détails, voir notre 2e et 3e partie.

Quant à la dot légitime du droit germanique, elle dut disparaître, lorsqu'on se fût habitué à considérer le droit de succession en usufruit de la femme comme une institution analogue dans sa nature et ses effets à celle du douaire conventionnel et destinée à le remplacer.

JULIEN RIMASSON,

Archiviste de la ville d'Orléans,

docteur en droit.

ÉTUDES

SUR

MONTESQUIEU

I

Considérations générales sur l'esprit des lois.

Un de mes amis, homme de beaucoup d'esprit, fort struit, et parfaitement au courant de ce qui se passe ns la librairie, me disait tout dernièrement : « Montesquieu est bien passé de mode ; les délicats peuvent le lire, l'apprécier, se fortifier de son commerce, mais la masse ignore ou est indifférente. » J'avoue que j'éprouis quelque surprise en entendant ces mots. Je plaindrai c la masse sans essayer de la prêcher ; je me rangerai t doucement du côté des délicats, et j'irai mon train s l'étude de mon auteur favori. Il me semble d'ailleurs on tire encore assez souvent profit des écrits de ce nd maître. Il ne paraît en effet presque point d'ouges sérieux en fait de législation sans que l'autorité Montesquieu y soit plus ou moins invoquée. Le nom Montesquieu retentit parfois dans les débats parlemenes ; et il n'a pas manqué d'occasions où la puissance veraine a mis sous la protection de ce nom quelques es qu'elle s'empressait de faire accepter.

On me permettra donc de revenir sur un sujet impor-t, quand même il n'aurait pas le mérite de la nouauté. *L'Esprit des lois* présente tant de faces qu'on peut n le considérer comme applicable à l'époque actuelle. ppelons-nous que « ces principes si nouveaux et si

« durables, pour nous servir des paroles de M. Cousin (1), « que *l'Esprit des lois* a mis dans le monde, sont la gloire « de l'esprit humain et de la France. »

Nous n'entreprendrons certainement pas de composer un commentaire de ce grand ouvrage ; cela a été fait sous plusieurs points de vue, quelquefois en plein désaccord avec les opinions de l'auteur. On n'aurait qu'à citer celui de Destutt de Tracy. Nous ne dirons pas avec M. Weitzel (2) que ce commentaire est d'autant supérieur au texte de *l'Esprit des lois* que l'étude des sciences est plus avancée de nos jours qu'elle ne l'était au milieu du XVIIIe siècle, mais nous reconnaîtrons facilement que jamais commentateur ne fut plus hostile à son texte (3). Le travail de Destutt de Tracy est empreint d'un dogmatisme exclusif, complétement opposé à l'éclectisme de Montesquieu. Dans le nombre considérable d'écrivains distingués qui se sont attachés à expliquer plutôt qu'à contredire *l'Esprit des lois,* il y en a deux qui, quoique moins connus, ne doivent point être oubliés. Nous citerons une thèse de doctorat contenant une monographie très-étendue et presque complète sur les travaux de Montesquieu par M. Janus Heemskerk (4) ; et des *remarques* sur *l'Esprit des lois*, par M. de Monclar, l'illustre procureur général près le parlement de Provence, dont le nom brille dans l'histoire de la magistrature française à côté de ceux de la Chalotais et de Castilhon (5).

(1) Dans la nouvelle édition des *Leçons de philosophie*, 1855.

(2) Geschichte der Staatswirthschaft, v. I, p. 217.

(3) Voyez le Mémoire de P. Rossi : *De l'Etude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la Société*, écrit en 1820.

(4) Specimen inaugurale de Montesquivio, de plus de 300 pages ; Amsterdam, 1839.

(5) Le manuscrit de M. de Monclar appartient à M. le comte

Une étude approfondie des grands travaux de Montesquieu, de ce que, pour nous servir d'un mot fort à la mode, nous appellerons son œuvre, pourrait encore être utile aujourd'hui. Nous n'essayerons pas cependant d'entreprendre ce travail; il nous suffit d'examiner quelques-unes des idées fondamentales de *l'Esprit des lois* en les comparant aux principes de l'ordre social actuel. Nous passerons ensuite à quelques considérations de détail sur le caractère du génie de Montesquieu, et sur des faits particuliers qui se rapportent au sort de son livre.

Nous nous demandons d'abord à quel ordre d'études appartient précisément le travail de Montesquieu? Il nous paraît hors de doute qu'il se rattache à la philosophie plutôt pratique que spéculative. Ce n'est pas là du droit politique; c'est moins encore de la jurisprudence (1). C'est de l'histoire considérée au point de vue de la législation. L'illustre Pellegrino Rossi a dit, peut-

Eugène de Cessole, ancien conseiller à la Cour d'appel de Nice. M. de Cessole a eu la bonté de nous confier ce manuscrit et de nous permettre d'en publier plusieurs parties que nous avons insérées dans un Mémoire lu à l'Académie royale des sciences de Turin, année 1858. Voyez sur ces trois illustres magistrats le cours de littérature française (9e leçon) de M. Villemain, dont nous déplorons la perte récente. Tous ceux qui s'intéressent à l'histoire de la Magistrature française savent que le recueil comprenant *le compte-rendu, les plaidoyers, arrêts et motifs relatifs aux Jésuites* a été imprimé à Aix en quatre volumes in-12. Mais il n'est pas également connu que ces pièces ont paru traduites en italien, à Venise, chez Radici, en 1766.

(1) Il y a de quoi s'étonner en voyant lord Brougham placer sur cette ligne l'*Esprit des lois.— No writer can be himself deserving of confidence who fails to acknowledge the obligations due to Montesquieu's celebrated treatise as having greatly promoted the philosophy of jurisprudence , and, indeed almost introduced philosophy into the discussions of jurisprudence.* Principles of democratie and of mixed government, chap. 3.

être avec un peu trop d'emphase : « Bacon, Galilée, « Newton avaient paru ; dix ans plus tôt ou plus tard « Montesquieu devait paraître » (1). Ajoutons que Montesquieu a eu des devanciers qui ont montré plus de science que lui sans avoir ni son talent d'observation, ni le bonheur de se trouver en rapport avec l'esprit de leur siècle.

L'auteur de *l'Esprit des lois* n'a point hésité à choisir une épigraphe ambitieuse : *Prolem sine matre creatam.* Il se fiait à la destinée de son livre, mais il ne fera point oublier les travaux de ceux qui l'ont précédé dans les recherches historiques et philosophiques touchant la législation des différents peuples. Il suffit de nommer Aristote, Bodin et Grotius. Ces auteurs lui ont fourni de bonnes inspirations et d'excellents matériaux. Ce que Montesquieu a emprunté d'Aristote M. Barthélemy Saint-Hilaire nous l'apprend dans la troisième partie de son intéressant mémoire sur la science politique ; ce qu'il doit à Bodin nous le voyons en parcourant le cinquième livre de sa *République* où cet auteur traite du *règlement qu'il faut tenir pour accommoder la forme de la République à la diversité des hommes, et du moyen de connaître le naturel des peuples.* Ce qu'il a pris de Grotius, c'est son système de preuves historiques déduites principalement des écrivains de l'antiquité. Deux ans suffirent à Grotius pour écrire son livre *du Droit de la guerre et de la paix* (2), il en fallut vingt à Montesquieu pour produire *l'Esprit des lois* (3). Aussi le travail chez les deux

(1) De l'étude du droit dans ses rapports avec la civilisation et l'état actuel de la société.

(2) Voir la vie de Grotius par M. de Burigny, t. I, p. 169. — De l'an 1623 à l'an 1625.

(3) Dans la lettre du 7 mars 1749 au grand-prieur Solar, en parlant de son ouvrage, Montesquieu, dit : « Je puis dire que j'y

est-il bien différent, et l'effet relatif extrêmement inégal. L'un se rapporte strictement au droit des gens, l'autre embrasse toutes les parties de la législation. Montesquieu est loin de suivre la méthode de Grotius, qui se vante d'avoir suivi la règle des mathématiciens qui considèrent les figures séparément des corps, en traitant les matières de droit sans la moindre attention aux circonstances de fait (1).

La préface de *l'Esprit des lois* signale le cercle immense que l'auteur a dû parcourir avant de tirer les principes de la nature des choses.

Nul écrivain n'a eu plus que Montesquieu le désir de créer de l'intérêt; il veut que le lecteur s'attache à lui tant par ce qu'il lui dit que par ce qu'il lui laisse à deviner.

Le livre de Montesquieu se ressent des circonstances au milieu desquelles l'auteur s'est trouvé. De longs séjours hors du bruit des villes, l'étude des sciences naturelles, à laquelle il s'était appliqué dans ses premières années, ont imprimé à son esprit une direction toute particulière. Ses discours académiques témoignent de l'ardeur qu'il mettait dans ces recherches. Le projet d'une histoire physique de la terre, ancienne et moderne, exposé avec cette naïveté de la jeunesse qui se fixe plutôt sur la portée du but que sur les moyens de l'atteindre, marquerait à lui seul sa prédilection pour de telles études.

« ai travaillé toute ma vie. Au sortir du collége on me mit dans « les mains des livres de droit ; j'en cherchai l'esprit, j'ai tra- « vaillé, je ne faisais rien qui vaille. Il y a vingt ans que je dé- « couvris mes principes ; ils sont très-simples.

(1) *Vere enim profiteor, sicut mathematici figuras a corporibus semotas considerant, ita me in jure tractando ab omni singulari facto abduxisse animum.* Grotius ; Proleg. de J. B. et P.

Ne pourrait-on pas déduire de l'impression que le spectacle de la nature a faite sur Montesquieu la raison de la définition qu'il donne des lois en général? Cette définition qu'on a soumise à tant de critiques, dont on s'est plu à faire remonter l'origine jusqu'aux livres de métaphysique, dans lesquels, dit-il dans les *Lettres Persanes* (1), *l'infini se rencontre partout*, ne vaudrait-il pas mieux l'envisager comme la simple conséquence de l'idée de l'ordre de l'univers d'où dépend la règle de tous les êtres créés? Montesquieu a voulu embrasser dans sa définition ce que les Grecs appelaient τὰ πρῶτα κατὰ φύσιν, c'est-à-dire les nécessités plus encore que les lois de la nature.

Il a voulu se débarrasser de toute idée secondaire (ce qu'il appelait des préjugés), pour se reporter à ce qu'on pourrait nommer la force des choses. Outre ce qu'il en a dit dans sa défense de *l'Esprit des lois*, Montesquieu a voulu ajouter quelques explications en écrivant à ses amis. C'est ainsi que dans une lettre adressée à Charles Bonnet, de Genève, « Je garde, dit-il, la première défini-« tion que je donne des lois, où je parle de la signifi-« cation la plus étendue qu'elles puissent avoir, parce « qu'il me semble que les lois de l'universalité des êtres « ne sont la conséquence de rien, mais produisent des « conséquences sans nombre (2). »

(1) Lettre 135.

(2) Cette lettre a la date du 6 mai 1754. Elle ne fait point partie des recueils de lettres de Montesquieu publiés jusqu'ici. Nous croyons devoir la publier en entier ainsi qu'une autre qui n'a point encore paru non plus dans ces recueils. — Nous les avions publiées une première fois dans les *Mémoires de l'Académie des sciences de Turin*.

Ces deux lettres sont adressées par Montesquieu au célèbre Charles Bonnet, à Genève ; elles se trouvent à la bibliothèque de

Cela se lie parfaitement avec ce que Montesquieu écrit dans son livre : « Avant qu'il y eût des lois faites, il y

cette ville sous les nos 75 et 76 du tome II du recueil des lettres écrites à Bonnet. Ces deux lettres sont étiquetées de la main de Bonnet dans l'index, 75, 76, avec les mots suivants : « de Mr de « Montesquieu, ancien Président à mortier au Parlement de « Guienne, de l'Académie Française, des Académies d'Angle- « terre, de Prusse et de Bordeaux. Il suffit de nommer ce grand « homme. Qui ignore ce que le genre humain doit à l'auteur im- « mortel de l'*Esprit des lois ?* »

« Si j'avais suivi les sentiments de la reconnaissance, mon- « sieur, j'aurais eu l'honneur de vous faire réponse sur le champ ; « mais votre lettre était accompagnée d'un livre que je voulais « lire ; et il est arrivé que la lettre que je voulais employer à « vous remercier, sera uniquement employée à vous féliciter. « Votre ouvrage m'a continuellement éclairé et m'a continuelle- « ment fait plaisir, parce que vous nous menez d'observation en « observation. Je suis fâché de ne pouvoir pas vous dire qu'il « faut que vous continuïez vos travaux sur les matières de phy- « sique, puisque ces mêmes travaux ont affaibli votre vue. Je « suis fâché de ne pas savoir quelle espèce de maladie des yeux « vous avez, parce que peut-être je vous aurais proposé une eau « dont je me sers tous les jours depuis trente ans, tirée des « simples et qui m'a empêché d'être aveugle depuis trente « ans. Avant ce temps-là j'avais essayé une multitude innom- « brable de remèdes, tout m'avait été entièrement contraire. « Je ne suis pas en état non plus que vous de lire, il y a dix ans « que j'en suis privé à cause d'une cataracte qui m'est survenue « sur un œil ; quoi qu'il en soit, je vous aurais envoyé ma re- « cepte. Je suis fort touché, monsieur, de votre conformité dont « vous me faites l'honneur de me parler ; c'est de vos idées sur « le rapport des loix. C'est un champ très-vaste : la moisson est « ample et n'attend que les ouvriers. J'ai, monsieur, l'honneur « d'être avec les sentiments de la plus parfaite estime, votre « très-humble et très-obéissant serviteur.

MONTESQUIEU.

« A Paris, ce 20 février 1754. »

« Je vous suis infiniment obligé, monsieur, de votre lettre du « 1er avril. J'ai vu par l'exposé de votre situation que l'eau pour « les yeux dont je vous parlais, ne pouvait que vous être nuisi- « ble parce qu'elle est un peu astringente. Ce que vous me

« avait des rapports de justice possibles. Dire qu'il n'y « a rien de juste ni d'injuste que ce qu'ordonnent « ou défendent les lois positives, c'est dire qu'avant « qu'on eût tracé le cercle, tous les rayons n'étaient pas « égaux (1). »

Montesquieu a donc été naturaliste et géomètre, plus encore que métaphysicien, en prononçant la formule des rapports nécessaires qui règlent l'univers, *magnisque agitant sub legibus ævum* (2).

C'est la même préoccupation des idées de la physique qui a porté Montesquieu à s'étendre autant qu'il l'a fait

« mandez de l'habileté de Mr Adrien, ne me surprend pas. J'é- « tais déjà prévenu sur cet homme célèbre, et si je me déter- « mine à me faire faire l'opération, chose à laquelle je ne me ré- « soudrais que lorsque je n'y verrai plus, je compte bien me ser- « vir de lui. J'ai reçu le petit ouvrage de Mr de Beaumont, dont « j'ai été extrêmement content. A l'égard de la première défini- « tion que je donne des loix, où je parle de la signification la plus « étendue qu'elles puissent avoir, je crois que nous pensons « tous deux la même chose. Je garde mon expression parce « qu'il me semble que les loix de l'universalité des êtres ne sont « des conséquences de rien, mais produisent des conséquences « sans nombre.

« M. de la Condamine a lu à l'Académie de Paris une dissertation sur l'inoculation qui a été regardée comme une chose « sans réplique. Je suis bien aise que vos yeux aillent mieux, « et j'ai, monsieur, l'honneur d'être avec les sentiments de la « plus parfaite estime votre très-humble et obéissant serviteur.

MONTESQUIEU.

« A Paris ce 6 mars 1754. »

Puisque nous venons de citer les noms de Bonnet et de Montesquieu, nous devons rappeler la grande influence que l'*Esprit des lois* exerça sur les travaux de Bonnet. *Revue des Deux-Mondes* du 1er octobre 1855.

Dans la suite de notre travail nous publierons quelques autres pièces, entièrement inédites, de Montesquieu.

(1) *Esprit des lois*, livre 1, chap. 1.

(2) Virg. *Georg.*, lib. IV, v. 226.

sur l'influence des climats. Que de physiologie il y a dans le chapitre 2, du livre XIV, et avec quel soin l'auteur développe une thèse que bien d'autres avaient soutenue sans avoir su l'éclairer par de si frappantes applications. Nous vivons dans un temps où de grandes assimilations politiques paraissent s'accomplir. De tous côtés on aspire à jouir tranquillement d'une grande liberté. Pour bien des gens le progrès ne consiste que dans la destruction de ce qu'on était convenu d'appeler la garantie des droits sociaux. On se plaît aujourd'hui à leur opposer le recouvrement des droits naturels. L'avenir démentira-t-il ces tristes prévisions qui mettraient des entraves, dans certains pays, à la pleine expansion de la liberté politique? Serait-il vrai, ainsi que le prétendait Charles Botta, que les institutions parlementaires ne peuvent pas pousser de profondes racines là où se déploie l'ardeur du soleil (1)? Dira-t-on toujours que l'orient est dans l'espace et qu'il n'est pas dans le temps? Ou bien l'action incessante, progressive, de la civilisation imprimera-t-elle partout de l'activité en créant des besoins nouveaux? L'instruction viendra-t-elle en aide à la moralité? En se sentant libre comprendra-t-on qu'on sera tenu de remplir de nombreux devoirs? L'avenir le chargera de préparer des réponses à toutes ces questions. Espérons que les gouvernements s'attacheront à développer la raison active de leurs peuples, puisque avec elle la liberté est partout, et sans elle elle n'est nulle part (2).

(1) *Insomma là dove il sole splende con forza* [illegible] *le assemblee di cui si parla.*

Botta, Storia d'Italia continuata da quella [illegible] 1789, *lib.* L.

(2) Voyez Bonstetten : *L'homme de* [illegible] chap. 2.

Formons des vœux pour que la vraie liberté ne tombe pas sous les coups de l'ennemi qu'elle a le plus à craindre, ses propres excès.

Nous avons déjà dit en passant que Montesquieu n'a point entendu faire un ouvrage de jurisprudence. Il a travaillé pour les législateurs et pour les publicistes plutôt que pour les jurisconsultes. Il y a de quoi s'étonner en voyant comment ses contemporains les plus éclairés se sont mépris à ce sujet. M. d'Argenson après avoir lu quelques parties de l'*Esprit des lois*, écrivait : Je crains « beaucoup que l'ensemble n'y manque, et qu'il y ait « plus de chapitres agréables à lire, plus d'idées ingé- « nieuses et séduisantes, que de véritables et utiles instruc- « tions sur la façon dont on devrait rédiger les lois et les « entendre (1). »

Et Voltaire lui-même n'a-t-il pas dit : « Les citations « de Grotius, ni celles de Puffendorf, ni celles de *l'Esprit* « *des lois* n'ont jamais produit une sentence du *Châtelet* « *de Paris* ou de *l'Old Baili de Londres* (2). » Il est bien certain que Montesquieu en écrivant ne pensait à faire gagner d'autre procès que celui de la droite raison contre les erreurs et les préjugés.

L'application pratique, détaillée, du droit, en quoi consiste la jurisprudence, n'entrait point dans le système de son immense travail.

Il a sciemment évité d'entrer dans de semblables détails; il n'a pas même voulu toucher au corps de la jurisprudence française pour ne *pas mettre un grand ouvrage dans un grand ouvrage*. « *Je suis, dit-il, comme cet antiquaire qui partit de son pays, arriva en Egypte,*

(1) *Mémoires du marquis d'Argenson*, dans la *Collection des écrivains relatifs à la Révolution française*, t. LXV, p. 430.

(2) *Dictionnaire philosophique*. V. *Esprit des lois*.

jeta un coup d'œil sur les Pyramides et s'en retourna (1). »

Les monuments sur lesquels il arrêta longuement sa vue ce furent les grandes causes et les grands effets des lois considérées dans leurs rapports avec la nature des gouvernements, la nature du climat et la marche de l'humanité.

Montesquieu est avant tout un philosophe qui discute l'histoire, et le talent qui le distingue le plus c'est celui de l'observation ; quelle finesse dans ses aperçus ! quelle portée dans les conséquences qu'il déduit de l'examen des faits !

Montesquieu n'est pas un moraliste dans le sens rigoureux du mot. Il n'a pas manqué certainement de reconnaître dans la morale la base véritable des lois. C'est une justice que le plus éminent entre les philosophes italiens de notre âge se plait à lui rendre (1).

Il n'en est pas moins vrai cependant qu'il n'a point suivi constamment dans toutes ses applications l'idée absolue du devoir. La pensée de l'intérêt politique a pris quelquefois en lui le dessus. Ecoutons ce qu'en dit Monclar : « Ce n'est pas que je veuille accuser l'auteur d'indifférence « pour la morale ; son cœur, qu'il a peint dans cet ouvrage, « n'est pas moins estimable que son esprit. Mais, son livre « n'instruit point assez sur les bornes du juste et de l'in- « juste. Il traite volontiers la difficulté par les incon- « vénients et les conséquences, et il examine trop souvent « ces questions sur les règles d'une prudence qui ne con- « naîtrait ni bien ni mal moral. »

Nous choisirons parmi le grand nombre de cas qui

(1) *Esprit des lois*, lib. XXVIII, chap. 45.

(1) Rosmini. *Storia comparativa dei sistemi intorno al principio della morale*. Milano, 1837, pag. 144 et 263.

peuvent tomber sous cette censure celui qui se rapporte à la guerre.

Montesquieu fait dériver tout le droit de guerre pour chaque État du motif de sa propre conservation.

Cela est très-admissible, si l'on entend par conservation non-seulement la défense de ses possessions, mais encore celle de ses droits, de son commerce, de son honneur, et des biens de ses sujets. Au delà de ces causes d'une guerre juste, l'auteur en trouve encore une autre: « Lorsqu'un peuple voit qu'une plus longue paix en « mettrait un autre en état de le détruire, et que l'attaque « est dans ce moment le seul moyen d'empêcher cette « destruction (1). »

Monclar s'élève avec grande raison contre ce prétendu doit de guerre par mesure de précaution.

« La justice de la guerre, dit-il, ne sera donc plus me- « surée sur la nature des différends de peuple à peuple, « mais sur leur puissance relative et sur leurs forces res- « pectives, de façon que celui qui a le plus à craindre « sera toujours le plus autorisé à nuire sans être obligé « de discuter s'il a reçu quelque dommage ou souffert « quelques injures. Il ne faudra plus consulter les prin- « cipes immuables du droit naturel, mais considérer « simplement le danger qui résulte de sa propre faiblesse « et de la force d'autrui. » Cela revient à dire qu'on peut commencer par être injuste envers les autres pour empêcher qu'on ne le soit envers nous.

Aujourd'hui, à la vérité, il s'agit bien moins de craindre les guerres préventives des Etats faibles contre des voisins trop forts que de prévoir de terribles guerres suscitées par le sentiment de nationalité. Montesquieu a bien entrevu le pouvoir de ce sentiment chez un peuple libre.

(1) *Esprit des lois*, liv. x, chap. 2.

« Une nation libre, dit-il, peut avoir un libérateur, une « nation subjuguée ne peut avoir qu'un autre oppres- « seur (1). » Nous devons entendre par nation subjuguée celle qui le serait autant moralement que physiquement. Tant que la séve reste dans l'arbre, il pourra pousser de nouvelles branches.

On peut être opprimé sans se laisser corrompre, et il n'y a rien qui aide autant que la religion à garder l'esprit national; voyez de quelle vitalité cet esprit a fait preuve, à différentes époques, en Espagne, en Irlande, en Grèce et en Pologne. Aussi Montesquieu n'a-t-il pas oublié de faire entrer la religion parmi les choses dont se forme l'esprit général.

Mais à l'heure qu'il est, que dirait Montesquieu de ce grand problème de la reconstruction des nationalités. qu'on pose de différentes manières avec une intention toujours égale?

Au point de vue du droit et de la politique on n'est pas encore près de s'entendre sur cette question.

Montesquieu a pris résolument la défense de la vénalité des charges de la magistrature, « *parce que,* disait-il, « *elle fait faire comme un métier de famille ce qu'on* « *ne voudrait pas entreprendre par la vertu* (2). »

On a beaucoup crié contre cette déférence de l'auteur pour ce qui tenait aux intérêts de l'ordre auquel il appartenait. Il entrait bien autre chose dans l'appréciation de la raison de cette vénalité, mais cela ne pouvait pas se dire en France, et Montesquieu se borna à parler de ce qu'il appelait lui-même son *métier de président.* Il ne lui était certainement pas échappé que, par ce contrat, on raffermissait l'indépendance de la magistrature. En effet

(1) *Esprit des lois*, liv. XIX, chap. 27.
(2) *Esprit des lois*, liv. V, chap. 19.

l'achat des charges était alors le seul moyen d'obtenir une espèce d'inamovibilité. Là où le régime *du bon plaisir* s'exerçait largement, il ne pouvait y avoir d'autres voies, pour en empêcher les tristes effets, que d'y opposer le droit de propriété. En prenant de l'argent on renonçait à user de l'arbitraire ; le marché était bon dans l'intérêt général de la justice. Si la nomination des juges eût été alors livrée au gouvernement, toujours soumis à l'influence de la Cour, il est douteux qu'on en eût eu de plus doctes et de plus intègres ; il est certain qu'ils auraient été plus faibles.

Ce n'est pas qu'avec cela ces juges à titre de propriété fussent à l'abri de châtiments, souvent immérités. On les réprimandait, on les exilait, mais on ne pouvait les révoquer. Leur dignité était sauve ; ils représentaient un pouvoir indépendant quelle que fût son origine. Ils étaient d'autant plus respectés par le peuple qu'on les savait moins gâtés par les faveurs de la Cour.

Quant à la crainte banale du danger que la justice fût vendue, parce qu'on achetait le droit de la rendre, elle tombait devant l'expérience quotidienne. Rien n'était moins lucratif qu'une charge de judicature en France : elle ne rapportait pas même l'équivalent des intérêts de ce qu'on avait déboursé pour l'acquérir (1). La haute réputation de la vieille magistrature française suffit à elle seule pour détruire de semblables suppositions.

L'histoire de cette magistrature présente, au sujet de la vénalité des offices, de curieuses anomalies. Cette vénalité, qui datait de bien loin, fut repoussée par les

(1) Voyez Hume dans son essai : *Idea of perfect commonwealth.*

États d'Orléans et de Blois ; le parlement de Paris s'en plaignit à son tour (1).

Mais voilà que vers la fin du siècle dernier, l'avocat général Séguier (2) se prit à louer *la loi immuable de la propriété et la loi politique de l'inamovibilité des offices.* C'était marcher ouvertement sur les traces de Montesquieu. Tout cela cependant fut changé au grand avantage de la raison et de la justice par les lois de 1789, qui substituèrent un principe à un expédient, en abolissant la vénalité des offices et en établissant l'inamovibilité de la magistrature.

Nous éprouvons quelque peine à rappeler les nombreuses attaques que Montesquieu a dû scutenir à cause de la spécialité de vertu qu'il lui a plu d'attribuer au gouvernement républicain. L'auteur s'est défendu de son mieux, et ses critiques se sont mis à plaider une cause gagnée d'avance. Montesquieu aimait les contrastes ; il a mis en saillie d'un côté l'honneur, de l'autre la vertu.

Ajoutons que la société au milieu de laquelle il vivait ne s'était point vouée à ce culte de la vertu, qui, à vrai dire, est encore plus vanté qu'il n'est pratiqué dans les républiques. On comprenait mal alors ce qui, même aujourd'hui, n'est pas bien compris de tout le monde, le lien qui attache le citoyen à sa patrie, quel que soit le gouvernement sous lequel on vit.

Montesquieu subissait la même influence à propos de la noblesse. L'aristocratie française avait fait son temps ; elle avait perdu sa force, son importance réelle, en gardant toutefois ses priviléges nobiliaires.

(1) Rien de plus léger que la manière dont Voltaire parle de la vénalité des charges dans le chap. 16 de l'*Histoire du Parlement de Paris.*

(2) Au lit de justice du 12 novembre 1774.

Le cardinal de Richelieu, après avoir donné le coup de collier à cette aristocratie, plaçait dans son testament politique un chapitre intitulé : *Divers moyens d'avantager la noblesse pour la faire subsister avec honneur.* Elle n'était plus un pouvoir, mais une charge de l'État.

On troque les hauberts contre des justaucorps à brevet, et les antichambres de Versailles devinrent le domicile des nobles aspirant à faire fortune. Il n'en resta pas moins quelques vestiges de ce qui avait été l'âme de l'institution de l'aristocratie, l'amour de la gloire et l'habitude de la libéralité; *laudis avidi, pecuniæ liberales erant* (1).

Montesquieu nous peint à ravir cette partie de la nation qui sert toujours avec le capital de son bien, et qui se console de la perte des richesses et des distinctions, parce qu'elle a acquis de l'honneur. On se plaît à considérer ces familles, où il n'y a plus que des dettes et de vieilles épées, se croyant engagées à se sacrifier pour une idée. Tout cela mérite plus que de la froide estime. Faites passer ce dévouement dans le champ élargi du patriotisme, et, sans perdre le prestige des souvenirs et l'efficacité de l'exemple, vous augmenterez la masse des forces vives dont la nation pourra disposer.

Si Montesquieu n'a point le mérite d'avoir été le premier à exposer les principes des gouvernements et leurs différentes évolutions (2), à saisir les rapports des lois avec l'action des gouvernements et la nature du climat, il n'en est pas moins celui qui a le mieux analysé et coordonné

(1) Sallust. Catilin., 7.

(2) Le goût de discuter les questions de préférence parmi les différentes formes de gouvernement remonte bien haut dans l'antiquité. Voyez le chap. 8 du Ier livre des Rois dans la Bible, et les chapitres 80 et suivants du IIIe livre de l'histoire d'Hérodote.

ces différentes matières. Il a largement puisé dans le trésor d'expérience formé par ses devanciers, mais il a su tirer de cela un parti tout nouveau. On lui a fourni le lingot et il en fait de la monnaie courante.

L'Esprit des lois est peut-être le livre où il y a le plus de vieilles idées admirablement rajeunies, le plus d'intuition de la raison du passé. C'est dans ce sens qu'il faut entendre Voltaire quand il dit que *le genre humain ayant perdu ses titres, Montesquieu venait de les retrouver et de les lui rendre.*

N'oublions pas, cependant, que, du temps de Montesquieu, on n'avait point les moyens que nous possédons de sonder les besoins de la société, et d'y pourvoir dans une certaine mesure.

On n'avait point alors cette profondeur de vues historiques que l'apprentissage des révolutions nous a rendue facile. Ainsi la sagacité habituelle de Montesquieu paraît-elle en défaut dès qu'il s'agit d'apprécier ces grands changements politiques qui, préparés par de longs travaux souterrains, éclatent tout à coup comme des éruptions volcaniques. Lui qui avait si bien compris et si bien exposé les rouages de la constitution anglaise, ne se préoccupait pas assez des différentes phases révolutionnaires qui avaient produit cet ordre de choses (1). Mon-

(1) On vient de publier un volume des lettres de *Massimo d'Azeglio a Giuseppe Forelli.* Dans une de ces lettres, 8 février 1865, d'Azeglio trace en très-peu de mots le récit d'une partie de ces luttes. Le lecteur nous saura peut-être gré de reproduire ici ce passage : *Vedi un pò che cosa succedeva in Inghilterra nella gran lotta fra gli Stuardi e la Nazione. I partiti si combattevano, s'accusavano, si condannavano alla faccia del paese. Stafford, Russell, Shaftesbury, etc. ci andavano di mezzo, ma a questa fiera scuola la Nazione si educava, gli uomini si formavano, e da queste tempeste usciva potente l'Inghilterra attuale.*

tesquieu n'avait ni l'instinct, ni le pressentiment des révolutions. Il s'attache à étudier celles de l'antiquité plutôt que celles des temps modernes. Aurait-il craint, par hasard, d'en dire trop à des oreilles peu disposées à l'écouter? Quoi qu'il en soit, il n'est guère possible de souscrire à ce qu'il dit avec une naïveté qui, de nos jours, ne serait plus permise « que les révolutions se font rare-« ment avec l'oisiveté et les mœurs corrompues et qu'on « ne peut les faire goûter que par de bonnes lois (1). » Quel jugement Montesquieu porterait-il, si l'on mettait devant lui les exigences du socialisme, l'organisation des grèves, les théories de l'assassinat, que nous voyons se reproduire si souvent? Nous croyons honorer sa mémoire en disant qu'il s'emparerait des paroles de Benjamin Constant: *Les révolutions me sont odieuses parce que la liberté m'est chère.*

Non, il faut le répéter, Montesquieu ne pouvait pas, à l'époque où il a vécu, découvrir l'empire des penchants instinctifs qui, de nos jours, pressent les peuples de réaliser les améliorations qui sont à leur portée.

La marche de la civilisation détermine les quantités constantes qui sont la résultante des forces de l'humanité et l'expression des besoins qu'elle éprouve en avançant. La forme du gouvernement n'exprime que des quantités variables. C'est un instrument qui, construit de différentes façons, peut servir au même usage (2).

Montesquieu a bien entrevu la grande influence de ce qu'il appelle *esprit général* (3). Mais il était encore loin de la possibilité de calculer la puissance de l'opinion

(1) *Esprit des lois*, liv. v, chap. 7.

(2) Voyez le Mémoire de M. Hippolyte Passy : *Des formes de gouvernement et des causes qui les déterminent.*

(3) Voir les chapitres 4, 5 et 6 du livre xix de l'*Esprit des lois.*

publique prenant son plus libre essor, et justifiant le titre de *regina del mondo* dont Pascal l'avait saluée.

Notre auteur a subordonné l'esprit de la nation aux principes du gouvernement, tandis qu'aujourd'hui, ce sont ces principes que l'on soumet à l'esprit général. On risquerait cependant de se tromper cruellement et de faire fausse route, si on ne dégageait point la véritable opinion publique des faux éléments qui s'y mêlent. Si des progrès de la civilisation surgissent des idées de changements et d'améliorations qui remuent profondément la multitude, c'est que ce mouvement a déjà amené un ordre de faits, qui rend possible l'application de ces idées. Il y a quelquefois comme une sorte de détonation qui accompagne les changements. Il y a des besoins factices analogues à des complexions maladives; le flux et le reflux des passions politiques entraînent dans leur mobilité des institutions que l'on croyait durables; de là le malaise de la société et le labeur des gouvernements. Mais malgré tout cela, il reste un fond d'impressions durables qui peuvent diriger le législateur: c'est ce que Aristote appelait l'opinion vraie: δόξα ἀληθὴς.

Entre l'inexorable et souvent malheureuse logique des faits accomplis et les divagations de théories aventureuses, dont nous sommes témoins, il y a cependant une doctrine sur laquelle on pourrait se reposer. C'est ce que Joseph de Maistre disait, à propos de la constitution anglaise : « La véritable constitution est cet esprit public, « admirable, unique, infaillible, au-dessus de tout éloge, « qui mène tout, qui conserve tout, qui sauve tout. Ce « qui est écrit n'est rien (1). »

(1) *Essai sur le principe générateur des constitutions politiques et des autres institutions humaines.*

Sages paroles qu'un ministre éclairé a recueillies et qu'il vient de reproduire dans une occasion solennelle (1).

Puissions-nous voir triompher ces idées et la loi du pays se transformer en sentiment populaire.

Le livre de Montesquieu est la préface ou, si l'on aime mieux, le commentaire de cette doctrine. Il nous donne la clef pour aller à la recherche de la raison première et du but final des institutions humaines : précieux antidote contre l'engouement des systèmes absolus.

Il y a un point sur lequel Montesquieu ne s'est point assez expliqué et qui, pourtant, mérite toute l'attention des publicistes : c'est le mouvement ascendant des classes intermédiaires, qu'on appelait tiers-état et que nous nommons la bourgeoisie. L'action du mouvement social ne lui avait point été cachée. « A Paris, écrivait-il, rè-« gnent la liberté et l'égalité. La naissance, la vertu, le « mérite même de la guerre, quelque brillant qu'il soit, « ne sauve pas un homme de la foule dans laquelle il est « confondu (2). » Voilà les deux mots : *liberté, égalité*, qui caractérisaient le genre de la société de Paris en 1715, destinés à devenir la devise des grandes réformes de 1789. Un travail lent et sourd se poursuivait sans relâche. Les classes privilégiées baissaient à vue d'œil ; les classes laborieuses ne faisaient que grandir. L'État restait, en apparence, formé des trois ordres, mais on avait repris son œuvre, l'édifice social, et la Révolution, survenue, ne fit que sanctionner ce qui était devenu une nécessité.

Nos lecteurs n'apprendront pas peut-être sans quelque

(1) M. Emile Ollivier, dans son exposé des motifs de la nouvelle constitution présenté au Sénat le 28 mars 1870.

(2) *Lettres persanes ;* lettre 89.

intérêt que l'importance des classes moyennes avait été démontrée, mieux que partout ailleurs, en Italie, tout à fait au commencement du XVIIIe siècle, par un publiciste de la plus grande valeur, Jean-Vincent Gravina. Dans son fameux ouvrage *Des Origines du droit civil*, dédié à un Pape (1) et imprimé à Naples, Gravina recommande d'augmenter le nombre de ceux qui appartiennent à la classe moyenne, qui ont le double avantage de n'être ni pauvres ni trop riches et d'avoir reçu une éducation soignée. Ils formeront, dit-il, le contre-poids de la noblesse et de la plèbe; ils maintiendront l'équilibre. Le peuple trouvera en eux de sages conseillers; la noblesse, d'utiles alliés (2). La bourgeoisie dans les villes, et la population des campagnes, si elles comprennent bien leurs intérêts réciproques, ne cesseront pas désormais de s'opposer à l'envahissement de ces masses qui ne parlent que de travail et ne rêvent que le désordre ; qui n'auront de repos qu'après avoir accompli l'œuvre de la destruction. C'est bien de ceux qui soulèvent et conduisent ces masses, qu'on peut dire avec Tacite : « Auferre, trucidare, ra-

(1) Clément XI.

(2) Voici une partie du texte de ce chapitre *de Ordine medio civium* qui est le quatorzième du troisième livre *Originum juris civilis*. Le lecteur pourra en apprécier la sagesse du fond ainsi que l'élégance de la latinité dans la forme. *Hinc numerus augendus eorum qui medii status cives appellantur ; quorum propter mediocritatem divitiarum et educationem inter litteras et liberales artes animus ita componitur, ut neque vilescat egestate, neque opulentia tumeat, neque communi plebeiorum et nobilium morbo ignorantia obstupescat. Hujusque status cives libramentum sunt plebis et nobilitatis... ita ut, utroversum ordo iste flexerit, lances exæquentur : quam romana respublica utilitatem ab Equitibus capiebat. Atque is ordo medius hanc etiam egregiam reipublicæ navabit operam.... ea vero in urbe ubi nobiles tantum suffragium habent, honores vero etiam plebeis aperiuntur, erit ordo iste unde viri suscipiantur idonei, honoribusque digni, quasi e seminario bonorum et vena virtutis.*

« pere falsis nominibus imperium, atque, ubi solitudi-
« nem faciunt, pacem appellant (1). »

Le sentiment et l'amour de la liberté étaient chez Montesquieu aussi profonds que sincères. Combien de définitions et d'explications ne nous donne-t-il pas de la liberté? Il nous parle de liberté philosophique, de liberté civile, de liberté politique. Il envisage ce thème de prédilection sous toutes ses faces, et il n'a pas de peine à engager le lecteur à le suivre.

Nous nous bornerons à faire remarquer la ressemblance d'une de ces définitions avec ce qu'en a dit celui qu'on pourrait appeler le continuateur de Montesquieu, Alexis de Tocqueville.

La liberté consiste, selon Montesquieu, dans cette tranquillité d'esprit qui provient de l'opinion que chacun a de sa sûreté (2). M. de Tocqueville déclare que ce qui attache le cœur des hommes à la liberté, « c'est le plaisir « de pouvoir parler, agir, respirer sans contrainte sous « le seul gouvernement de Dieu et des lois (3). » N'est-il pas vrai que c'est là un air salubre qu'on respire à pleins poumons? C'est la liberté du bien, du beau et du vrai.

L'âme de Montesquieu ne suivait que de nobles inspirations. Son caractère, les habitudes de sa vie, tout se prêtait à l'y maintenir. Nous aimons en lui cette haute intelligence qui cultive la science avec simplicité et dévouement; qui ne prend la livrée d'aucun parti. Nous aimons ce caractère rempli de dignité, se tenant à l'écart des brigues et des tracasseries, au milieu desquelles se jetaient les plus brillants génies, Voltaire le premier; cette sérénité d'esprit qui se soustrait à bon nombre de

(1) Agricola, 30.
(2) *Esprit des lois*, liv. XI, chap. 6.
(3) *De l'ancien régime et de la Révolution*, chap. XV.

préjugés dominant alors dans la littérature. Nous aimons la dignité de la vie de Montesquieu autant que nous admirons l'élévation de ses idées. Il cherchait la vérité sans arrière-pensée ; il ne suivait pas le chemin de la fortune. Aussi, le genre de son talent, la grandeur de ses vues forment-ils un type à part qui se détache de la tendance commune des esprits de son époque.

Il se tint à sa place, les autres vinrent à lui.

Il y aurait à faire sur cela une série de citations, en commençant par Voltaire qui l'appelait « le plus modéré « et le plus fin des philosophes (1), et finissant au « comte de Maistre, qui fait remarquer le bonheur de « Montesquieu en disant « qu'une secte puissante vou- « lut absolument l'adopter et lui offrit la gloire comme « un prix d'enrôlement (2). » Cette adoption ne gêna aucunement son allure. Il marcha droit et ferme devant lui. Ceux qui auraient voulu l'enrôler, se réduisirent au rôle de contradicteurs ; témoin Helvétius qui, dans ses notes sur l'*Esprit des lois*, exhale plus de mauvaise humeur que de saine critique, sans parler de la façon cavalière dont Voltaire traite ce sujet dans son Dictionnaire philosophique. Le point sur lequel Montesquieu s'est le mieux défendu des mauvais effets de l'atmosphère philosophique et littéraire de son temps, c'est celui du sentiment religieux.

Il ne sera jamais hors de propos de s'arrêter sur de telles doctrines par trop contestées aujourd'hui, mais qui n'en resteront pas moins les idées tutélaires de la société civile. Qu'on essaye de mettre en pratique les tristes théories qui partent de la négation de Dieu pour arriver

(1) *Lettres sur Rabelais*, etc. Lettre VIIe.

(2) *Lettres et opuscules inédits du comte Joseph de Maistre*. Paris, 1851, tome II, p. 140.

à l'émancipation de l'homme, et l'on verra qu'il n'en résultera rien que l'empire de la force. La raison s'éclipsera devant la fatalité. Nous ne demanderons point pardon de répéter ce qui a été dit mille fois bien mieux que dans cet article. Un silence prudent n'est quelquefois qu'un manque de courage. Proclamons tout haut que les notions de Dieu, de l'immortalité de l'âme, du droit, de la justice, des devoirs de la famille sont indivisibles ; on ne saurait en ébranler une seule sans les ébranler toutes, et porter une atteinte à l'ordre social.

Détourner les hommes de la croyance de ces grandes vérités, c'est leur faire perdre ce qui forme le soutien et les consolations de la vie. Ne l'a-t-on pas écrit en termes exprès : « Le monde, sans revenir à la crédulité et tout « en persistant dans sa voie de philosophie positive, re- « trouvera-t-il la joie, l'ardeur, l'espérance et les longues « pensées (1) ? » Recueillons ces aveux et ne nous dépouillons pas de ce qui constitue la nature morale de l'homme, le premier élément de sa dignité. Montesquieu le savait bien. « Je ne suis pas si humble que les athées, « disait-il ; je ne sais comment ils pensent, mais, pour « moi, je ne voudrais point troquer l'idée de mon im- « mortalité contre celle de la béatitude d'un jour (2). » Dans cette disposition d'esprit, on ne tarde pas à reconnaître la nécessité de la religion. Montesquieu l'a reconnue en effet ouvertement ; il l'a posée comme un des fondements de l'ordre social ; et cela, au moment où la philosophie en France prenait à tâche de combattre toutes les tendances religieuses. Écoutons ce qu'en a dit une des voix les plus autorisées et les plus éloquentes : « Quand

(1) M. Ernest Renan, dans sa première leçon du cours de littérature hébraïque au Collége de France.

(2) Pensées diverses.

« Montesquieu, devenu homme, avait voulu traiter, pour « l'instruction de son siècle, des lois civiles et politiques, « il avait tout à coup, par le seul effet de son applica- « tion d'esprit aux fondements et aux besoins de la so- « ciété humaine, brisé les liens qui le rattachaient à son « temps, et de cette même plume qui s'était jouée autre- « fois dans les *Lettres persanes*, il avait écrit ce vingt- « quatrième livre de son *Esprit des lois*, la plus belle « apologie du christianisme au XVIIIe siècle, et le « plus haut témoignage de ce que peut la vérité « sur une grande âme qui a mis sincèrement sa pensée « au service des hommes..... Montesquieu, élevé par « trente ans de méditation au-dessus des erreurs de sa « jeunesse, prenant place dans son *Esprit des lois* à côté « d'Aristote et de Platon, ses prédécesseurs et les seuls « dans la science du droit politique. Il eut l'honneur de « dégager de l'irréligion vulgaire les principes d'une « saine liberté, et on ne peut le lire qu'en rencontrant à « chaque page des traits qui flétrissent le despotisme, « mais sans aucun penchant pour le désordre, et sans « aucune solidarité avec la destruction. Il est juste de « dire que si Jean-Jacques Rousseau a été, dans son *Con- « trat social*, le père de la démagogie moderne, Montes- « quieu a été, dans son *Esprit des lois*, le père du libéra- « lisme conservateur où nous espérons un jour asseoir « l'honneur et le repos du monde (1). »

Nous désirons que ces paroles soient méditées par ceux qui, au nom de la religion, renient les bienfaits de la Providence dans l'ordre social. Ces bienfaits sont évidents, et ces hommes n'auraient qu'à répéter avec le Prophète : « Comment maudirai-je celui que Dieu n'a

(1) Discours du Père H.-D. Lacordaire pour sa réception à l'Académie française, 24 janvier 1861.

« point maudit? Comment détesterai-je celui que le « Seigneur ne déteste point (1)? »

Montesquieu a pressenti plus encore qu'il n'a prévu ce qui allait arriver après lui dans l'organisation de l'ordre social.

Comme tous les grands génies, il a eu des pensées plus fécondes qu'il ne le croyait lui-même. Son travail a été le précurseur d'un changement dont il est destiné peut-être à corriger les excès.

Rousseau a été l'inspirateur des hommes qui ont commencé la Révolution française. A mesure que celle-ci s'avançait, on répudiait les principes de Montesquieu devenu naturellement l'antagoniste de l'auteur du Contrat social; de Montesquieu dont, au dire de Charles de Lameth, « l'âme n'était pas aussi hardie que le « génie était profond (2). » Et en abandonnant la profondeur pour se livrer à la hardiesse, ces législateurs dirigèrent la révolution vers ses derniers excès.

Rousseau est encore aujourd'hui l'idole de ceux qui travaillent à une transformation sociale; il a plus que des admirateurs, il a des dévots. Dans l'école moderne allemande il ne manque pas de parallèles et d'études comparatives entre Montesquieu et Rousseau, dont le résultat est toujours en faveur de ce dernier. Nous allons en citer deux exemples.

M. Gervinus, dans son Introduction à l'histoire du XIXe siècle, toujours préoccupé du développement germanique, en opposition de la stagnation latine, s'écrie : « Tout ce que Montesquieu ne voulait pas, Rousseau l'ex-

(1) *Nombres*, chap. XXIII, v. 8.

(2) Discours, 6 mai 1790. Voir Choix de rapports, opinions et discours prononcés à la tribune nationale depuis 1789 jusqu'à nos jours. Paris, 1818 ; t. 2 pag. 198.

« primait avec les couleurs les plus vives; Rousseau en-
« seignait précisément le contraire de ce que voulait et
« enseignait Montesquieu. L'esprit du temps qui des
« deux côtés de l'Atlantique couvait des événements ex-
« traordinaires, fut avec un instinct remarquable com-
« pris complétement par Rousseau.

Dans un ouvrage qui a paru sous le titre de : « Machiavel, Montesquieu et Rousseau, » quelques années avant celui de M. Gervinus, M. Venedey, après avoir déclaré que chacun de ces trois écrivains « est le point de « cristallisation des différentes écoles de la politique et « des différentes manières de régner, » déclare toute la répugnance qu'il éprouve envers Montesquieu. Il déplore l'aveuglement des Allemands qui adoptèrent « cette casa-« que étrangère, » et il conclut « que tous ceux qui, dans « ces derniers temps, se sont confiés à des vaisseaux per-« cés dans le genre de celui de Montesquieu, ont fait de « tristes naufrages. » Nous n'irons pas plus loin dans les citations. Tous ceux qui s'occupent de ce genre d'études connaissent ce qui a été dit sur le compte de Montesquieu par les auteurs les plus autorisés, tels que Destutt de Tracy, Haller, Macaulay, Stahl, Weitzel, etc. Tout en respectant le jugement des autres, nous garderons l'opinion que nous nous sommes formée du mérite du travail de Montesquieu. L'*Esprit des lois* nous prépare à bien comprendre un nouveau système de législation qui se révèle de nos jours.

Nous l'appellerions volontiers le droit de la civilisation. Ce n'est ni le droit naturel destiné à régler les rapports primitifs de l'homme avec Dieu, et avec les autres hommes; ni le droit des gens qui détermine et garantit les droits réciproques des corps sociaux; ni le droit civil, public et privé, qui, par une juste distribution de facul-

tés et de liens, procure aux hommes les avantages d'être réunis comme membres de la cité, ni le droit de nationalité dont nous avons parlé. Le droit de la civilisation s'étend encore au delà. Il aspire à agir sur l'humanité tout entière.

Tout en ayant sa racine dans le droit naturel, il s'en détache ensuite pour gagner des proportions plus vastes en satisfaisant à des besoins plus nombreux.

Partout où la civilisation a atteint un certain degré d'élévation, il est indispensable d'adopter, au moins implicitement, les principes de ce droit. Cela devient une des conditions de l'existence sociale qu'on ne violerait point impunément. Ce droit emporte nécessairement la garantie de la liberté individuelle, prise dans sa plus grande étendue, celle de la propriété, la liberté de l'industrie et la faculté de la manifestation de la pensée, pourvu qu'elle ne trouble ni la morale, ni l'ordre public.

L'avenir appartient à ce droit inébranlable dans ses principes, et qui peut se plier aux formes particulières des différentes espèces de gouvernement. Il vise au but, sans s'arrêter aux détails. On peut dire qu'en lui, comme chez les anciens Romains, *vis imperii valet*; *inania transmittuntur* (1).

Il est l'allié naturel du Christianisme puisqu'il tend à relever le caractère de l'homme et à assurer la marche de l'humanité dans les voies de la Providence.

On a dit que le droit est la vie d'un peuple, mais la vie est le résultat des fonctions régulières et la régularité ne se rencontre que dans le développement normal de nos facultés. Le droit de la civilisation veille précisément à cela.

Nous ne parlons ici que de principes généraux qui

(1) Tacit., Annal., xv, 31.

doivent être comme la clef de l'édifice social. La société repose sur quelques principes absolus ; elle les développe sous l'influence de certaines circonstances. La réunion de ces circonstances constitue ce que Romagnosi appelait *le corps de physiologie politique à l'usage des législateurs* (1).

Or c'est précisément la masse des éléments de cette physiologie que Montesquieu a recueillie, analysée, examinée d'un œil scrutateur. Il a apprécié les institutions humaines avec une grande équité de jugement. « Je le « dis, écrivait-il, et il me semble que je n'ai fait cet « ouvrage que pour le prouver ; l'esprit de modération « doit être celui du législateur ; le bien public comme « le bien moral se trouvent toujours entre ces deux li- « mites. »

Ce passage que nous venons de citer se lit au XXIXe livre de l'esprit des lois (2), ce livre qui a été si vivement critiqué par Condorcet. C'est la maxime ou plutôt la manie des révolutionnaires de vouloir complétement rompre avec le passé. *Ne sommes-nous pas appelés à faire tout le contraire de ce que le monde a fait jusqu'à nous ?* disait Robespierre (3). On sait comment lui et ses amis

(1) Qu'on ne confonde pas cette connaissance pratique des besoins sociaux avec l'économie politique dans toute son étendue. Nous rappellerons ici ce qu'écrivait M. Mignet dans sa notice sur M. Charles Comte. L'auteur du traité de législation en avait posé les bases sur un aperçu économique. « Il y a du vrai, dit-il, « dans cet aperçu, à condition de ne pas le pousser trop loin, et « de ne pas substituer à la science de Montesquieu et de Ma- « chiavel, la science d'Adam Smith et de Malthus, que l'esprit « humain a eu raison de distinguer et qu'il n'est point permis « de confondre. »

(2) Chap. I.

(3) Voyez *Laharpe : Du fanatisme dans la langue révolutionnaire.* Paris, an V, p. 33.

s'acquittèrent de ce devoir. L'ouvrage de Montesquieu est le revers de cette médaille. C'est la persévérance dans le bien connu et appliqué, c'est l'usage habituel de la modération qu'il faut chercher, si l'on veut créer cet esprit public qui se transforme en constitution vivante. L'étude de *l'Esprit des lois* nous y conduit. Après bien des illusions perdues il faudra revenir aux vérités traditionnelles. C'est le triomphe de la raison.

FRÉDÉRIC SCLOPIS.

CONFÉRENCES SUR L'ADMINISTRATION ET LE DROIT ADMINISTRATIF, FAITES A L'ÉCOLE IMPÉRIALE DES PONTS ET CHAUSSÉES, par M. LÉON AUCOC, conseiller d'Etat, t. Ier, Paris, Dunod, 1869, in-8°.

Nous ne manquons pas d'ouvrages sur le droit administratif; mais depuis une trentaine d'années il n'y a que les professeurs ou les avocats qui écrivent sur ce sujet. En reprenant la tradition des Gérando, des Macarel, des Cormenin, M. Aucoc rend un véritable service à la science. Il n'est pas bon que les lois, et surtout les lois administratives soient toujours étudiées de la même façon et envisagées du même point de vue. Il y a certaines illusions qui tiennent précisément au point de vue de l'auteur et qui trouvent leur compensation et leur correctif dans les jugements et quelquefois dans les erreurs d'un autre. En outre il y a des explications que le Conseil d'Etat peut seul donner, sur le sens, la tendance et les variations de sa jurisprudence, de cette jurisprudence prétorienne qui pourrait être nommée à juste titre la voix vivante du droit administratif.

L'ouvrage dont M. Aucoc publie le premier volume est un cours fait aux élèves de l'Ecole des Ponts et Chaussées. Il contient d'abord une esquisse générale de l'organisation et des attributions des pouvoirs publics. En ce qui concerne le pouvoir administratif l'auteur a eu l'heureuse idée de distinguer entre l'administration des intérêts généraux, et celle des intérêts locaux, distinction fondamentale, qui nous paraît destinée à s'accentuer de plus en plus dans notre législation. Encore aujourd'hui les préfets et les maires ont le double caractère d'agents de l'Etat et de représentants du département et de la commune, et une des plus grandes difficultés de ce qu'on a nommé la *décentralisation administrative* tient peut-être à cette confusion. Malgré les réformes constitutionnelles qui s'accomplissent en ce moment même, l'ouvrage de M. Aucoc conservera toujours sa valeur. Nous signalerons notamment un très-bon chapitre sur les établissements publics et d'utilité publique.

Après un rapide exposé de l'organisation judiciaire et des juridictions civiles et criminelles, l'auteur passe à la juridiction administrative dont il fait connaître l'origine, l'organisation et la compétence. Il se range parmi les plus vaillants défenseurs de cette institution qui serait assurément moins attaquée si elle était mieux connue. Ce n'est pas, assurément, qu'elle soit parfaite. Il y a, nous le croyons, plusieurs réformes à faire, et sur ce point M. Aucoc lui-même serait peut-être de notre avis. Parmi ces réformes nous signalerons le rétablissement du tribunal des conflits, la suppression ou tout au moins la modification du célèbre article 75 de la Constitution de l'an VIII, qui dans la pratique actuelle constitue tout simplement un déni de justice, enfin la régularisation de la procédure devant les conseils de préfecture, des expertises surtout qui sont loin de donner aux intérêts privés des garanties suffisantes. Nous sommes convaincu que, ces réformes faites, les adversaires de la justice administrative se trouveraient désarmés. Peut-être ne serait-il pas sans danger de les faire attendre trop longtemps.

Dans cette théorie de la juridiction administrative et de son domaine propre considéré par rapport à l'administration active, à l'autorité judiciaire et à l'autorité gouvernementale, nous rencontrons une institution qui a pris un développement considérable depuis plusieurs années, c'est celle du recours pour *excès de pouvoir* contre les actes de l'autorité administrative. Les cas d'excès de pouvoir sont aussi nombreux que les applications du pouvoir administratif, mais si nombreux et si variés qu'ils soient, on peut cependant les ramener à certains types généraux. M. Aucoc a entrepris cette tâche qui n'avait pas été remplie jusqu'ici. Il montre très-bien que l'excès de pouvoir consiste, soit dans l'empiètement sur les pouvoirs d'une autre autorité, soit dans la violation des formes substantielles, établies dans l'intérêt public ou privé, soit enfin dans la fausse application de ce pouvoir lorsqu'il est employé dans un autre intérêt que celui que le législateur avait en vue. Comme on le voit les mots d'*excès de pouvoir* ont pour le Con-

seil d'Etat un sens bien plus large que pour la Cour de Cassation, ce qui permet d'amener sous le contrôle régulateur du Conseil toutes les applications du droit administratif.

Une question purement théorique en apparence a été récemment soulevée au sujet de la juridiction des ministres. On a soutenu que les ministres n'avaient pas, à proprement parler, de juridiction, et que leurs décisions n'étaient en réalité que des prétentions dont le Conseil d'Etat était juge en premier et dernier ressort. M. Aucoc propose une distinction. Entre parties le ministre statuerait comme juge, mais entre un particulier et l'État, c'est-à-dire dans presque tous les cas, la décision du ministre ne serait qu'un acte de gestion.

Cette question est grave et peut avoir un grand intérêt pratique. M. Aucoc fait très-bien remarquer que si la décision ministérielle n'est pas un jugement, peu importe qu'elle soit contradictoire ou par défaut. Dans l'un et l'autre cas elle fera courir le délai du recours au Conseil d'État, du jour où elle aura été rendue et l'opposition ne sera jamais recevable. Mais il faut aller plus loin encore. Si le Conseil d'État n'est pas juge d'appel, s'il statue en premier et dernier ressort, il n'y a plus aucune raison pour appliquer en pareil cas l'art. 464 du Code de procédure civile. Les parties pourront donc présenter au Conseil d'État des demandes nouvelles. On ne voit même pas pourquoi les parties ne pourraient pas saisir directement le Conseil d'État de leurs prétentions, sans même les soumettre préalablement au ministre.

La discussion de cette théorie nous entraînerait trop loin. Pour notre part nous la croyons contraire à l'intention du législateur, interprétée par une pratique constante. Elle tend à multiplier les recours au Conseil d'État, et à diminuer en fait les garanties de bonne justice puisqu'elle supprime un degré de juridiction. Si la juridiction ministérielle a ses inconvénients, elle a aussi ses avantages. Ce peut être une raison pour la corriger, mais non pour la détruire.

En droit on invoque l'article 14 du décret du 11 juin 1806

aux termes duquel le Conseil d'Etat est juge des contestations qui peuvent s'élever sur les marchés de fournitures passés par les ministres. A coup sûr il serait difficile de s'appuyer sur ce texte pour attribuer aux ministres une juridiction de premier degré en cette matière. Mais il ne faut pas non plus en conclure que le Conseil d'État soit seul juge, en premier et dernier ressort. Sous le régime antérieur à l'an VIII tout le Contentieux administratif appartenait aux ministres. Lorsqu'en l'an VIII le Conseil d'État fut créé et chargé de résoudre les difficultés qui s'élèvent en matière administrative, la juridiction des ministres se trouva, non pas supprimée, mais subordonnée à celle du Conseil d'État, et c'est en ce sens que doit être entendu l'article 14 du décret du 11 juin 1806. C'est enfin ce qu'exprime assez clairement le décret du 22 juillet 1806 sur la procédure devant le Conseil d'État, aux termes duquel le recours au Conseil d'Etat doit être formé dans les trois mois de la décision attaquée. Qui dit *décision*, dit jugement et non simple prétention; on se pourvoit contre un jugement, on ne se pourvoit pas contre les conclusions de son adversaire.

D'ailleurs les liquidations de fournitures ont en général pour effet de faire déclarer l'État débiteur. Or c'est au ministre qu'il appartient de faire cette déclaration, sauf recours au Conseil d'État. Il est difficile de supposer que la qualité en laquelle le ministre examine le compte varie suivant le résultat de cet examen, qu'il soit juge si l'État est débiteur et simple partie si l'État est créancier. Il est vrai que dans la théorie nouvelle le ministre ne serait juge, ni dans un cas, ni dans l'autre. Mais on oublie que l'Assemblée constituante qualifiait de *jugements* toutes les décisions rendues sur la liquidation de la dette nationale, et que ces décisions, qui sous la constitution de l'an III ont passé de l'Assemblée nationale aux ministres, n'ont pas changé de caractère par cela seul qu'elles émanent d'une autre autorité.

Après ces théories générales, M. Aucoc aborde enfin son véritable sujet, l'exposition du droit relatif aux travaux pu-

blics, et la fin du volume que nous avons sous les yeux est consacrée à l'exposition de l'organisation et des attributions des autorités administratives préposées à la direction de ce service. Cette partie contiénd une intéressante notice historique sur le corps des ingénieurs des Ponts et Chaussées. L'auteur a mis à profit les recherches importantes qui ont été faites sur ce sujet depuis quelques années, et particulièrement les *Études* de M. Vignon (1).

Les volumes suivants doivent contenir, outre un résumé des principes généraux du droit civil, les règles relatives à l'exécution des travaux publics, au contrat d'entreprise, aux indemnités dues aux propriétaires pour dommages résultant des travaux, enfin à la voirie, aux eaux et aux établissements insalubres. Plusieurs de ces matières sont très-difficiles. En l'absence de textes précis c'est la jurisprudence qui a dû tout faire. Nous serons heureux de la voir exposer et commenter par un de ceux qui ont concouru à la créer.

R. Dareste.

MANUEL DU DROIT INDOU, applicable dans les établissements français de l'Inde, par M. Laude, procureur-général; 2e édition, corrigée et augmentée; 1 vol. in-8°, Pondichéry, 1869. (Paris, Thorin, rue de Médicis, 7) Prix : 4 fr. 50 c.

Lors du premier établissement des Français dans l'Inde, le Gouvernement français a garanti aux Indous qu'ils seraient jugés suivant les lois et coutumes de leurs castes, et cette promesse a été consacrée prr l'article 3 de l'arrêté du 6 janvier 1829, portant promulgation de plusieurs de nos Codes dans les établissements français de l'Inde. Il y a donc un grand intérêt pratique à recueillir sur le droit indou des renseignements précis. Ce droit remonte au Code des lois de Manou, mais il s'est bien modifié dans le cours des siècles, sous l'empire de la coutume et de la jurisprudence. En beaucoup de points il a été corrigé par des arrêtés spéciaux du Gouvernement français.

(1) Etudes historiques sur l'administration des voies publiques en France aux XVIIe et XVIIIe siècles, par M. Vignon, ingénieur en chef des ponts et chaussées, 3 vol., in 8°, Paris 1862.

En réunissant tous ces documents dans un Manuel, l'auteur a fait une œuvre utile, et donné un exemple qui devrait être suivi dans nos autres colonies.

LOI SUR LA PROCÉDURE CIVILE DU CANTON DE GENÈVE, suivie de l'exposé des motifs, par feu P. F. BELLOT, professeur de droit, 3e édition, publiée par MM. SCHAUB et BROCHER. 1 vol. in-8°, Genève 1870. Prix : 10 fr.

La loi genevoise de 1819 sur la procédure civile et les rapports de Bellot, qui en fut le principal rédacteur, sont connus et appréciés depuis longtemps. L'édition nouvelle, publiée par MM. Schaub et Brocher ne se borne pas à reproduire le travail de Bellot; elle contient un exposé historique de l'organisation judiciaire et de la procédure civile à Genève et le texte des lois promulguées depuis 1819 sur ces matières, ainsi que sur l'exercice de la profession d'avocat, qui après avoir été supprimée le 4 juin 1851 a été rétablie le 10 juin 1863. Au moment où l'on s'occupe de réformer la procédure française, il est intéressant d'étudier la réforme faite dès 1819 dans un pays qui a conservé notre Code civil.

SUMMA LEGIS LONGOBARDORUM, publiée d'après les manuscrits par M. Auguste ANSCHÜTZ, professeur à l'université de Halle, in 8° de 58 pages. Halle, 1870.

La Somme, publiée par M. Anschütz, d'après un Ms. de Paris, n° 4615 et un Ms. de Troyes, n° 1317, est un extrait de la *Lombarda*, composé au douzième siècle entre 1150 et 1180. Il est divisé en deux livres dont le premier comprend 28 titres, et le second 26. Il paraît avoir été rédigé pour les besoins de la pratique, et non comme le Commentaire d'Ariprand, pour servir à l'enseignement dans les universités. L'auteur était familier avec le droit romain et le droit canonique.

Cette publication est dédiée à M. le professeur Blume, à l'occasion de son jubilé universitaire (3 janvier 1870). Elle

est importante pour l'étude de la loi des Lombards dont M. Blume vient de donner une excellente édition critique dans les *Monumenta Germaniæ historica* (Leges, t. IV, 1868).

PAUL ROTH, ZUR GESCHICHTE DES BAYRISCHEN VOLKSRECHTES, in-4°, 28 p., Munich 1869.

M. Roth, professeur à l'université de Munich, publie sous ce titre quelques nouvelles recherches pour servir à l'histoire de la loi des Bavarois. L'ouvrage est dédié à M. le professeur Bayer à l'occasion de son jubilé universitaire (1 mai 1869).

L'auteur prend pour base de son travail l'édition critique publiée par Merkel d'après 35 manuscrits donnant trois textes différents. Il y reprend l'opinion qu'il a déjà soutenue en 1848 dans une dissertation sur l'origine de la loi des Bavarois et trouve dans les manuscrits la confirmation de son système. D'après l'auteur la loi des Bavarois se compose de trois parties bien distinctes. La plus ancienne remonte au temps de Dagobert. La seconde, empruntée au droit wisigothique aurait été rédigée à la fin du VIIe siècle, enfin la troisième aurait été ajoutée plus tard et prise de la *lex Alamannorum*, révisée sous Lantfrid.

Contrairement à l'opinion de Pétigny et de Stobbe, M. Roth soutient que la loi des Bavarois est la plus originale des lois germaniques, et celle qui a conservé le plus de traces des anciennes coutumes nationales.

CHRONIQUE.

Par décret impérial, en date du 2 juillet 1870, M. Paul Gide, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris, est nommé professeur titulaire de Droit romain à la même Faculté, en remplacement de M. Ch. Demangeat, nommé conseiller à la Cour de cassation.

Par arrêté de M. le ministre de l'instruction publique, en date du 4 juillet, M. Eugène Garsonnet, professeur agrégé à la Faculté de droit de Douai, est attaché à la Faculté de droit de Paris, en la même qualité.

Par arrêté ministériel du 2 juin, les agrégés reçus au dernier concours d'agrégation pour l'ordre du droit et dont nous avons donné les noms dans notre dernier numéro, sont attachés aux Facultés de droit, comme il suit :

1° M. Guillouard, à Caen;
2° M. Paget, à Douai;
3° M. Chobert, à Nancy;
4° M. Guérard, à Rennes;
5° M. Vigié, à Aix;
6° M. Naquet, à Grenoble;
7° M. Normand, à Grenoble.

Paris. Typ. A. Parent, rue Monsieur-le-Prince, 31.

OBSERVATIONS

SUR LES RESPONSA PRUDENTIUM.

Au nombre des différentes sources du *jus scriptum*, que nous offre la législation romaine, il en est une, désignée sous le nom de *responsa prudentium*, dont le caractère a de tout temps soulevé de graves controverses. Aujourd'hui, le débat porte non seulement sur la force obligatoire dont jouissait cette source, et sur l'organisation de sa mise en pratique. Le désaccord entre les auteurs qui se sont occupés de cette matière va même jusqu'à ne pas s'entendre sur le véritable élément de la question, c'est-à-dire sur ce qu'il convient d'appeler *responsa prudentium;* de telle sorte qu'on en est arrivé à ne tenir aucun compte de la qualification donnée à cette source et à la concevoir comme tout à fait étrangère à l'exercice de la fonction qui lui a valu son nom, à la faculté de *respondere de jure.*

Le système auquel je fais allusion, quant à son idée première, appartient en réalité à un romaniste allemand, à Puchta. Seulement, ce qui, dans la théorie fort judicieuse de Puchta, n'était qu'une dépendance rationnelle de la concession du *jus respondendi*, est devenu la chose capitale, essentielle, qui a usurpé la place entière; à elle seule il serait permis de revendiquer exclusivement le territoire des *responsa prudentium*. Quant au *jus respondendi*, il n'aurait été doué que d'une autorité morale, transitoire, circonscrite à la décision de tel ou tel procès. Mais il ne lui aurait jamais été donné de constituer une vraie source de droit, et de concourir à l'édification de la législation romaine.

Arrière donc le *jus respondendi*, quand il s'agit de préciser le contenu de ce qui doit être appelé *responsa prudentium*. Le *jus respondendi* n'a pu produire que des consultations, bonnes pour les plaideurs, s'il a plu au juge de s'y conformer. Il faudrait réserver l'honneur d'avoir contribué à la formation du droit romain aux *prudentes quibus permissum est jura condere*, c'est-à-dire qui avaient déposé dans leurs ouvrages des doctrines dont l'exactitude a été plus tard reconnue et déclarée par un rescrit impérial. Voilà, dit-on, en quoi consistent uniquement les *responsa prudentium*, en dépit de Justinien qui, malheureusement, dans ses Institutes a complétement confondu deux choses parfaitement distinctes.

Cette opinion a fait son apparition dans la littérature du droit sous le patronage d'un professeur distingué, M. Bodin, doyen de la Faculté de Rennes. La *Revue historique*, t. IV, p. 197 et suiv., a publié, en 1858, un article, dans lequel l'auteur, après avoir combattu toutes les explications proposées pour rendre compte du mécanisme des *responsa prudentium*, problème qui serait resté, jusqu'alors, sans solution, a cru trouver cette solution dans la séparation de ces deux facultés; d'une part, celle de *publice respondere*, de l'autre celle de *jura condere*. C'est cette dernière faculté qui, par l'expédient d'une valeur purement posthume, accordée de par le prince aux écrits de jurisconsultes décédés, aurait donné naissance à la source de *jus scriptum*, dont la détermination a divisé les savants. Aussi M. Bodin a-t-il pu dire que c'était là ce qui constituait la partie vraiment originale de sa dissertation.

La thèse de M. Bodin a eu la bonne fortune d'être approuvée par l'un des hommes les plus versés dans la connaissance du droit romain, par M. Demangeat, mon re-

gretté collègue, que la magistrature vient de conquérir sur l'enseignement, dont il a été l'honneur pendant tant d'années. A en croire M. Demangeat, les commissaires de Justinien auraient encouru le reproche d'avoir amalgamé de la façon la plus bizarre ce que Pomponius avait dit du *jus publice respondendi* avec ce que Gaius avait dit de la force législative donnée quelquefois aux écrits d'un jurisconsulte défunt (1).

Malgré le poids de deux autorités si imposantes, l'explication nouvelle a rencontré de la résistance, et je suis heureux de voir qu'elle n'a guère fait de prosélytes dans la génération des jeunes jurisconsultes, qui continue si dignement les travaux de ses devanciers. M. Glasson, l'un de nos agrégés, a fait paraître, en 1867, tandis qu'il appartenait à la Faculté de Nancy, une intéressante étude sur le *jus respondendi* (2), étude dans laquelle il critique le système des professeurs de Rennes et de Paris. Tout récemment un autre de nos agrégés, M. Accarias, a suivi la même voie. M. Accarias, dans une note sommaire (3), telle que le comportait seulement le cadre de son livre concis et substantiel, s'est borné à signaler les motifs de sa dissidence. Bien que M. Glasson ait exposé les principaux arguments qui militent contre la doctrine moderne, je n'ai pas jugé inutile de soumettre cette doctrine à un nouvel examen. Le mérite incontesté des partisans qu'elle peut invoquer, me paraît justifier la nécessité d'une réfutation développée. Tel est le but du travail qui va suivre; mais avant d'aborder la question principale, il est indis-

(1) *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 95.

(2) On trouvera dans cette étude une notice complète sur les nombreux essais auxquels a donné lieu l'appréciation du *jus respondendi*.

(3) *Précis de droit romain*, t. I, p. 86, note 1.

pensable d'examiner d'une manière générale l'influence exercée sur le droit romain par les hommes qu'on appelait *prudentes*.

Faisons observer d'abord que dans les différentes sources d'où dérivait le droit suivant les usages romains, abstraction faite de celle qui nous occupe, il n'y a rien qui n'ait été admis dans les idées modernes, et qui ne se retrouve chez nous. Indépendamment de la coutume, qualifiée *jus non scriptum*, nous connaissons les lois, les sénatus-consultes, les constitutions impériales. les édits des magistrats (dont le territoire est bien plus circonscrit qu'il ne l'était à Rome). L'ère actuelle a même remis en vigueur les plébiscites qui, pour le nom du moins, nous viennent des Romains (1). Mais, quant à la

(1) Je dis pour le nom. On aurait tort, en effet, de vouloir faire remonter aux Romains la pensée d'une résolution approuvée par la pluralité des citoyens votant en masse, sous la règle de l'égalité absolue attribuée à chaque vote. Les Romains n'ont jamais pratiqué le suffrage universel tel que nous le voyons fonctionner aujourd'hui. Dans les comices par tribus, d'où émanaient les plébiscites, l'unité de voix résidait dans la tribu, comme elle résidait dans la centurie alors qu'il s'agissait de la *lex* proprement dite. Quel que fût le nombre des suffrages donnés par une tribu, cette tribu avait autant de poids qu'une tribu plus considérable quant au chiffre des votants, ce qui, dans un système exigeant l'exercice des droits politiques à Rome, enlevait toute importance aux votes multiples émis facilement par les membres des tribus urbaines, lesquelles n'étaient pas comptées pour plus que les tribus rurales, où la quotité des votes exprimés devait être bien moindre à raison de l'éloignement des citoyens appelés à concourir à la confection d'un plébiscite. Sans doute, l'organisation des centuries avait pour but d'assurer la prépondérance à la richesse et à la maturité des années, tandis que la composition des tribus correspondait mieux à ce qu'on appelle l'élément démocratique, et se rapprochait davantage de l'égalité complète, puisqu'on n'y prenait en considération ni la fortune, ni l'âge. C'est en parlant de la constitution de Servius, fondateur des centuries, que Cicéron, *De republ.*, II, 22, vante ce prince

dernière source, quant aux *responsa prudentium*, on chercherait vainement quelque chose de pareil, en France. Tout au plus pourrait-on voir une mission analogue au rôle des *prudentes* dans la fonction attribuée depuis la loi du 1er avril 1837, aux magistrats de la Cour de cassation, chargés de fixer les incertitudes des décisions

d'avoir observé : *quod semper in republica tenendum est, ne plurimum valerent plurimi;* et à ses yeux, les décisions des citoyens consultés par centuries étaient préférables à celles des comices par tribus. *Descriptus enim populus censu, ordinibus, ætatibus, plus adhibet ad suffragium consilii, quam fuse in tribus convocatus.* Toujours est-il que la division par tribus, bien qu'elle eût pour base la circonscription territoriale, était loin de se conformer à la règle de l'égalité des nombres, et d'observer l'importance de la population. D'ailleurs les historiens nous apprennent que les censeurs, alors qu'ils favorisaient tel ou tel parti, modifiaient un peu arbitrairement les listes des tribus.

Veut-on exprimer par plébiscite l'idée d'une participation aux suffrages accordée au plus grand nombre possible, l'analogie se trouverait plutôt dans la *lex*, que certains auteurs appellent *populiscite*, puisque, suivant le témoignage de Gaïus, reproduit par Justinien, la *lex* émanait du *populus*, dans lequel sont compris *universi cives*, tandis que le plébiscite serait l'œuvre d'une *pars populi*, c'est-à-dire des plébéïens. Je laisse de côté la controverse qui s'est élevée sur le point de savoir si, postérieurement à la loi *Hortensia*, les patriciens ont été admis à voter dans les tribus, ce que je considère comme à peu près certain. Aussi, voyons-nous que les Romains ont abandonné le terme plébiscite, qui avait cessé d'être exact. Les trente-cinq tribus, de même que l'assemblée des centuries, représentaient le peuple romain, et on qualifiait *lex* indistinctement la décision de telle ou telle sorte de comices, ainsi que le prouvent la *lex Aquilia*, la *lex Falcidia*, et tant d'autres *leges*, qui étaient en réalité des plébiscites.

Puisque l'égalité entre les citoyens est franchement acceptée dans toute sa plénitude, et qu'aucune distinction d'ordres n'est politiquement admise, pourqui employer une expression, dont l'origine remonte à une séparation de castes qui n'est chez nous d'aucune application? Quand la nation rend ses arrêts, pour lesquels le plus humble a autant de valeur que le plus riche, c'est la volonté du peuple qui est exprimée, et nos anciens disaient :

des tribunaux, en déterminant d'une manière souveraine pour tel litige à vider la façon dont la loi doit être interprétée.

Comme le fait observer Puchta, chez tous les peuples, il y a des hommes qui se livrent à l'étude du droit, et qui à raison des connaissances spéciales qu'ils ont acquises, deviennent aptes à servir de guides à leurs concitoyens, en les éclairant de leurs conseils. Mais il était réservé aux Romains d'élever à une très-haute position la profession de jurisconsulte. L'amour de l'ordre, le respect pour la justice, et en même temps l'égoïsme et le désir du lucre, ces qualités ou ces défauts, qui formaient le fond du caractère de ce peuple, devaient porter les Romains à tenir en grande considération ceux dont les lumières pouvaient les aider dans la satisfaction de leurs sentiments les plus chers. D'un autre côté, grâce à des institutions politiques qui remettaient au choix des citoyens la désignation des magistrats, la possibilité de rendre des services aux électeurs fournissait aux personnages qui aspiraient aux charges de l'Etat un moyen de se ménager des suffrages. C'est pourquoi nous voyons Quintus Mucius, au récit de Pomponius (1), adresser le reproche suivant à Servius : *Turpe esse patricio, et nobili, et causas oranti, jus in quo versaretur ignorare.* Pour mériter particulièrement la qualité de jurisconsulte, il fallait se mettre en état d'être

vox populi, vox Dei. C'est au nom du peuple qu'ont l'habitude de parler tous ceux qui aspirent à défendre les intérêts publics, et nul ne s'aviserait de se dire le partisan de la plèbe et des plébéiens. Je suis loin cependant de proposer le terme populiscite, qui semblerait encore plus étrange que celui qu'il remplacerait. J'ai voulu seulement signaler comment les mots changent de signification, et dire en passant qu'on a habillé d'un nom romain une chose qui n'est pas le moins du monde romaine.

(1) L. 2, § 43, *De or. jur.* D. I, 2.

utile pour leurs affaires à ceux qui sentaient le besoin d'une direction ou d'un appui, ce qui fait dire à Cicéron (1) : *Sin autem quæreretur quisnam jurisconsultus vere nominaretur, eum dicerem, qui legum et consuetudinis ejus qua privati in civitate uterentur, et ad respondendum et ad agendum et ad cavendum peritus esset.*

Quand on a étudié l'histoire du développement lent et continu, mais toujours rationnel et logique, qui a amené l'épanouissement de la législation romaine, il est facile de reconnaître que la part la plus large dans ce développement revient assurément aux *prudentes*, dont l'immixtion se rencontre de bonne heure dans presque toutes les règles qui servent de base à cette législation. Aussi Pomponius, l. 2, *De or. jur.*, fait-il remonter à une époque fort ancienne l'influence de ces *prudentes* sur la formation du droit; car à la suite de la publication des Douze-Tables, l'interprétation de ces Tables, dont le laconisme laissait beaucoup à désirer, serait devenue l'objet des efforts des jurisconsultes. C'est ce que Pomponius appelle *disputatio fori*; seulement, il ne voit là que du *jus non scriptum*. M. Demangeat (2) a raison, jusqu'à un certain point, de dire que ce *jus non scriptum* ne se confond pas précisément avec la *coutume*, laquelle implique une volonté du peuple, celui-ci étant en définitive le souverain législateur. Il est vrai, sans doute, que les idées émises par les *prudentes* ne constituent pas immédiatement la coutume; toutefois, elles la préparent, elles la façonnent, en lui ouvrant la voie, et lui servent en quelque sorte de préface. L'inspiration, la création des règles qui se font accepter à raison de leur utilité, telle est l'œuvre des jurisconsultes, dont la pensée a besoin d'être consacrée

(1) *De oratore*, I, 48.
(2) *Cours élémentaire*, t. I, p. 74.

par la conscience populaire pour passer dans la coutume. Dans quelle source du droit, en effet, sinon dans la coutume, trouver la force obligatoire de tant de principes qui furent admis dans la législation bien avant que les *responsa prudentium* fussent considérés comme une source, et classés parmi les éléments du *jus scriptum?* Invoquera-t-on l'autorité des décisions judiciaires, *rerum perpetuo similiter judicatarum*, suivant les expressions de la loi 32, *De legib.* D., I, 3? Nous répondrons qu'il ne faut voir là qu'une des manifestations de la coutume, ces décisions ne se légitimant que comme une application des idées reçues dans la pratique, par suite de l'assentiment de l'opinion publique, c'est-à-dire au fond, en vertu du *tacitus populi consensus*.

Il n'est pas douteux que, sous la république, les avis exprimés par un jurisconsulte quelconque, à l'occasion d'un litige, n'avaient d'autre valeur que celle que pouvait leur communiquer l'éclat du nom de leur auteur, placé plus ou moins haut dans l'estime des citoyens. On peut supposer que, d'après les mœurs romaines, le juge cédait volontiers à l'ascendant exercé par tel ou tel homme qu'on était habitué à considérer comme un des maîtres de la science (1); mais il n'en restait pas moins libre de se prononcer, suivant sa conviction personnelle, avec une indépendance complète.

C'est au début du régime impérial qu'un caractère officiel commence à s'attacher aux opinions de certains jurisconsultes; c'est alors qu'apparaît le *jus publice respondendi,* dont la véritable portée nous met en présence de la première difficulté qu'offre notre sujet. Pomponius, dans la loi 2, *De or. jur.*, nous fixe sur l'origine de ce

(1) Cicéron, *De orat.*, I, 45, appelle Q. Mucius : *Totius oraculum civitatis.*

jus respondendi. Jusqu'au temps d'Auguste, lisons-nous, au § 47 de ce fragment, la faculté de répondre sur le droit n'était pas conférée par le prince, et quiconque avait confiance en ses études pouvait entreprendre une pareille tâche. Ce fut Auguste qui imagina d'accréditer tels jurisconsultes, qui désormais, en vertu d'une concession impériale, répondraient *ex auctoritate principis*. Le procédé fut imité par Tibère, duquel il est dit que Sabinus reçut de cet empereur le *jus respondendi*. Cet usage se perpétua sous les successeurs à l'empire, et il ne fut nullement supprimé par Hadrien, ainsi que l'ont cru quelques auteurs, d'après une autre partie du même fragment sur laquelle nous aurons à revenir.

A la suite de l'innovation due à Auguste, deux questions peuvent être posées : la première, de savoir en quoi consistait l'autorité des jurisconsultes investis par l'empereur de la faculté de répondre ; la seconde, relative à la position faite aux jurisconsultes qui n'avaient pas obtenu cette distinction.

De ces deux questions, la seconde doit incontestablement être résolue en ce sens qu'il n'y eut pas dorénavant confiscation de la profession de jurisconsulte, de telle sorte que ceux-là seuls auraient pu donner des avis qui avaient reçu un diplôme impérial. Comment concilier le système, qui désormais aurait fait de la science du droit l'apanage de quelques favoris du prince, avec le large développement que prirent à cette époque les études juridiques ? Le respect pour ces études était trop profondément enraciné dans les mœurs nationales pour qu'il fût possible de fermer la bouche à quiconque n'était pas agréé par le pouvoir. Ne savons-nous pas que Labéon dédaigna les avances qui lui étaient faites par Auguste ? Celui qui avait refusé le consulat ne fut pas assurément

décoré du *jus respondendi ex auctoritate principis*, ce qui ne lui fit pas perdre la considération dont il jouissait. Pomponius nous apprend que ce Labéon vivait six mois hors de Rome, occupé à composer des ouvrages, retraite qui aurait enfanté *quadringinta volumina*, mais que le reste de l'année il se tenait à Rome en communication avec les *studiosi*, se mettant sans doute à la disposition de ceux qui venaient invoquer ses lumières (1). D'un autre côté, Ulpien, l. 1, § 3, *De postul.* (D., III, 1), nous dit que Nerva le fils commença, dès l'âge de dix-sept ans, ou du moins peu après, à répondre *de jure ;* et il n'est pas raisonnable de supposer que ce Nerva ait été gratifié d'aussi bonne heure de l'avantage de parler *ex auctoritate principis*. La profession de jurisconsulte, c'est-à-dire la faculté de donner des avis aux clients, resta donc ouverte à tout le monde. Seulement on conçoit qu'il entrait dans la politique d'Auguste de chercher à rattacher à lui une force qui était puissante dans l'opinion, et qu'en marquant du signe de la faveur impériale certains jurisconsultes, il comptait faire de ceux-là des personnages qui lui seraient dévoués, et en même temps diminuer la valeur de ceux qui n'auraient pas été l'objet de cette distinction.

Quant à la force des opinions émises par les *prudentes* munis d'un brevet impérial, opinions qui devaient être données sous cachet (*utique signata dabant*), il est impossible d'admettre que ces opinions fissent loi dans les

(1) L'usage où était Labéon de répondre à ceux qui le consultaient est attesté par Aulu Gelle, XIII-10. On ne peut douter de l'influence exercée par ce grand jurisconsulte, quand on lit aux Institutes, pr. *De codic.*, que la légitimité de l'emploi des codicilles, malgré l'exemple de leur observation donné par Auguste, ne devint incontestable qu'après qu'on eut vu Labéon lui-même recourir à cette forme de disposition de dernière volonté.

affaires qui les avaient fait éclore, de sorte que le juge n'eût plus qu'à s'incliner. La mesure eût été impopulaire, en supprimant pour ainsi dire les luttes du barreau chez un peuple auquel était chère la *disputatio fori*, depuis longtemps en honneur. Il y aurait eu, d'ailleurs, une véritable abdication sur un point de la part d'un pouvoir nouveau, qui était sans doute jaloux de ne pas démembrer ses prérogatives, et peu disposé à se démettre au profit de simples particuliers de l'un des éléments devant rentrer dans l'*imperium* créé par la *lex regia*, la souveraineté de l'interprétation. Mieux vaut dire que la concession impériale ne communiquait aux *responsa* privilégiés qu'une sorte d'autorité morale, et que la présomption de vérité qui s'y attachait était subordonnée à l'examen du juge. Au fond, il n'est pas juste d'apprécier plus haut la valeur de ces *responsa*, sans s'écarter des termes de Pomponius, qui nous dit que le but de l'innovation était seulement *ut major juris auctoritas haberetur*.

Quelques mots maintenant sur la prétendue émancipation complète de la profession de jurisconsulte, que certains auteurs, et récemment encore M. Bodin, ont prêtée à l'empereur Hadrien, sur la foi de ce qui est raconté par le même Pomponius.

La pensée politique qui avait inspiré à Auguste la création du *jus publice respondendi* avait porté les fruits espérés. Le moyen imaginé pour attirer au pouvoir la classe des jurisconsultes devait devenir plus efficace à mesure que s'affermissait l'établissement du régime despotique. La faculté de répondre *ex auctoritate principis* acquit donc de l'importance, et elle fut sollicitée comme une faveur (*peti pro beneficio cepit*). Sous Hadrien les postulants ne manquaient pas, et au sujet d'une requête qui lui était présentée à ce sujet par d'anciens préteurs

(*viri prætorii*), voici la réponse qu'ils obtinrent, au témoignage de Pomponius, contemporain du fait, lequel nous a conservé le rescrit émané de l'empereur régnant, qualifié, suivant l'usage, d'*optimus princeps : Hoc non peti, sed præstari solere.*

Nous avons peine à comprendre qu'on ait vu dans ce rescrit une renonciation au droit de collation du *jus publice respondendi*. Pomponius nous entretient de cette institution comme d'une chose en vigueur, et son anecdote se lie à la pratique de cette institution. Après avoir fait connaître quelle fut son origine, il nous raconte ce qui s'est passé de son temps à cette occasion : *ideoque...*; puis il revient à la concession du *jus respondendi* déjà signalée en faveur de Sabinus. Si Pomponius déroule ensuite la liste des différents chefs des deux sectes de jurisconsultes pour faire suite à l'histoire des écoles, par laquelle commence le § 47, il sous-entend sans nul doute que les divers *juris auctores* par lui indiqués ont fait partie du nombre des *prudentes*, dont la capacité comme interprètes avait été sanctionnée par des patentes impériales. Nous savons que le plan d'Auguste avait réussi. Il y avait là un ressort de gouvernement dont Hadrien ne songeait nullement à se priver ; car c'est le même empereur, nous le verrons bientôt, qui, dans notre opinion, s'occupa de réglementer la valeur des avis exprimés par les jurisconsultes privilégiés. La suite du temps nous montre la persistance de deux catégories de jurisconsultes, les uns considérés comme interprètes officiels, *quibus auctoritatem conscribendarum interpretandarumque legum sacratissimi principes præbuerunt*, comme dit Justinien au § 4 de sa constitution *de conceptione Digestorum*, tandis que les autres ne répondaient que de leur propre chef, et, si je puis ainsi parler, sans garantie du gouver-

nement. C'est à l'adresse de ceux-ci que Justinien ajoute dans la même constitution, en parlant de leurs écrits : *quorum scripturæ nullis auctoribus receptæ, nec usitatæ sunt.* La plupart, ou du moins les plus illustres des auteurs de la première catégorie, dont les ouvrages devaient servir plus tard à la compilation des Pandectes, appartiennent à une époque postérieure à Hadrien. Enfin, on suit la trace de la concession du *jus respondendi* octroyé par les empereurs jusque sous Dioclétien. C'est à cette époque qu'il faut placer, suivant Puchta et Bœcking, le fait rapporté par Eunapius, que la νομοθετίκη δυναμίς aurait été accordée à un certain Innocentius, dont l'existence ne nous est révélée que par ce témoignage.

Tâchons de démêler le sens de ce rescrit d'Hadrien, qui a été entendu de deux façons si opposées, puisque les uns y ont vu l'abolition de la concession du *jus respondendi*, et notamment M. Bodin, selon lequel *le rescrit est en vérité trop clair pour se prêter à une autre interprétation*, tandis que les autres n'y trouvent que la confirmation de l'usage établi par Auguste. M. Glasson s'étonne aussi que la réponse d'Hadrien ait pu être qualifiée par M. Demangeat comme sévère et presque impolie, et qu'en même temps Puchta ait su y discerner une exquise politesse. Sur cette dernière appréciation, j'estime que M. Demangeat a raison, mais que Puchta n'a pas tort.

Quelle est donc au juste la portée de cette réponse? Nous n'hésitons pas à dire qu'Hadrien rejeta la requête des *prætorii viri*, qui aspiraient à obtenir le *jus publice respondendi*. Ce refus effectif est motivé par des considérations tirées de l'intérêt général, et empruntées, pourrait-on dire, au programme d'un bon gouvernement. La concession du *jus respondendi* n'est pas, aux yeux d'Hadrien, une affaire de faveur ; c'est au pouvoir qu'il ap-

partient de rechercher ceux qui sont dignes de cette distinction. Sa mission est de découvrir le vrai mérite, pour l'investir d'une fonction, qui ne doit pas être le résultat de sollicitations, mais qui doit être spontanément accordée à celui qui est apte à la remplir. Pour attirer sur soi l'attention de l'autorité publique, il faut avoir fait ses preuves, et justifier sa candidature par des études sérieuses. En somme, les requérants sont éconduits pour le moment, l'avenir leur étant réservé. L'empereur se félicite qu'il y ait des hommes ayant assez de foi en eux pour espérer d'être un jour l'objet du choix du prince. Qu'ils travaillent dans ce but, et se mettent en état d'être tels que l'empereur puisse leur décerner une position qu'il doit accorder de son plein gré même à celui qui ne la demanderait pas : *Populo ad respondendum se præpararent* (1). Entendue de la sorte, la réponse peut bien être trouvée sévère vis-à-vis les postulants, puisqu'ils ne sont pas jugés dignes pour le moment de la distinction qu'ils ambitionnent, et je leur pardonnerais d'avoir pensé que l'empereur manquait de politesse à leur égard. Mais on conçoit qu'un jurisconsulte titré, comme l'était Pomponius, en pleine possession des honneurs qui peuvent récompenser un savant, se plaise à mettre en relief l'hommage rendu au talent des *prudentes* éprouvés, et qu'il ait voulu, suivant la remarque de Puchta, faire passer à la postérité la maxime de conduite professée par Hadrien, c'est-à-dire la nécessité pour le chef de l'Etat de s'enquérir de la capacité des hommes d'étude, et de tirer parti des services qu'ils peuvent rendre à leurs concitoyens.

En suivant l'histoire des *responsa prudentium*, nous arrivons à une époque où nous trouvons un document

(1) J'estime avec M. Demangeat qu'il faut suivre la leçon adoptée par les frères Kriegel : *Delectari si.*

précis relatif à cette source, document qui nous est fourni par les commentaires de Gaius. Après avoir fait figurer (1-2) ces *responsa* au nombre des éléments servant à constituer le droit, Gaius, au § 7, s'exprime ainsi sur la consistance et la valeur de cet élément :

« *Responsa prudentium sunt sententiæ et opiniones* « *eorum quibus permissum est jura condere, quorum om-* « *nium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sen-* « *tiunt legis vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici* « *licet quam velit sententiam sequi, idque rescripto divi* « *Hadriani significatur.* »

Sans doute Gaius ne dit pas que les *responsa* soient les avis et les opinions de ceux qui ont obtenu le *jus respondendi;* il parle de ceux *quibus permissum est jura condere*, ce qui, suivant nous, n'est qu'une autre manière d'exprimer la mission confiée aux interprètes autorisés par les empereurs. Quant à la force rigoureusement obligatoire des *responsa*, nous possédons dans ce texte un renseignement positif; elle n'existait, dit Gaius, qu'à la condition de l'unanimité des avis (*quorum omnium*). De plus, ce règlement nous est présenté comme étant une chose récente, puisqu'il aurait été l'objet d'une décision formulée par Hadrien (*divi Hadriani*).

Nous tenons pour certain que ce règlement n'avait pas encore été arrêté au moment où Pomponius, contemporain d'Hadrien, écrivait son *Enchiridium,* ouvrage auquel les compilateurs des Pandectes ont emprunté le fragment 2, *De or. jur*. Sans cela on ne concevrait point l'oubli dans lequel une mesure si importante eût été laissée de la part de Pomponius, qui entre dans des détails si développés quant au rôle joué par les *prudentes*, et qui avait pour but de faire connaître l'origine et les progrès de l'influence exercée par eux sur la législation romaine,

ut appareat, lisons-nous au § 35, *a quibus et qualibus hæc jura orta et tradita sunt*. Le règlement d'Hadrien était, au contraire, à la connaissance de Gaius, postérieur à Pomponius; Gaius composait ses commentaires (1) après la mort d'Hadrien, qui est toujours par lui qualifié *divus*, comme on le voit dès le § 7, comm. 1.

Nous voyons dans cette constitution d'Hadrien le premier essai tenté pour faire entrer les *responsa prudentium* dans les sources du *jus scriptum*. Quant au mérite du système imaginé, on ne peut nier qu'il ait l'avantage de laisser en fait habituellement toute indépendance à la conviction personnelle de celui qui doit juger. Seulement il n'était pas propre à donner une importance sérieuse à la valeur de l'interprétation fournie par les jurisconsultes officiels; on pourrait même y trouver la satire de cette manière de trancher une question de droit. N'est-ce pas comme si l'empereur Hadrien avait dit aux *prudentes* : « Vous êtes des gens habiles assurément; « mais tâchez de vous mettre absolument d'accord; sans « quoi on ne sera pas tenu de vous croire ? » Oui, il eût été absurde, parce qu'un jurisconsulte était autorisé par le prince à *respondere*, de le douer de l'infaillibité, à laquelle ne peut prétendre nul être humain. Du moins fallait-il admettre par cela seul une présomption grave de vérité en faveur des opinions émises par ce personnage. L'incertitude de cette présomption éclatait sans doute quand un avis contraire émanait d'un homme placé exac-

(1) Ces commentaires ont été commencés vers la fin du règne d'Antonin le Pieux, fils adoptif et successeur d'Hadrien. Gaius parle d'abord d'Antoninus, sans ajouter l'épithète divus. Au § 126., comm. II, il cite un rescrit d'Antonin comme étant tout récent (*nuper imperator Antoninus*); mais cet empereur ne tarda pas à mourir. Un peu plus loin, en effet, au § 195, il est élevé pour la première fois au rang de *divus*.

tement dans la même situation. Toutefois, si deux forces égales, agissant en sens opposé, se neutralisent parfaitement, il ne s'ensuit pas qu'en ajoutant à l'une des forces ainsi paralysées, un élément nouveau, la balance ne doive pencher du côté où se trouve le poids le plus considérable. En somme, l'autorité accordée à cette source de droit, pour le cas où elle devait être impérative, n'est nullement critiquable; on ne saurait espérer trouver un meilleur signe de la légitimité d'une proposition que l'adhésion unanime par elle rencontrée chez tous les hommes qui se sont voués à l'étude de la science dont relève cette proposition. Mais en réfléchissant à la diversité des jugements humains, même chez les esprits éclairés, on doit être persuadé que rarement la constitution d'Hadrien fournissait une règle certaine de décision. Que l'on songe surtout combien étaient fréquentes les controverses entre les jurisconsultes romains, divisés longtemps en deux écoles, dont chacune avait probablement ses *auctores* dotés *du jus respondendi*, n'est-on pas amené à conclure que, dans les conditions exigées par Hadrien, il n'y avait pas de point quelque peu délicat où chaque partie ne pût invoquer pour lui l'opinion de quelque *prudens*, ce qui finalement laissait au juge la faculté de prononcer suivant sa conscience?

La méthode à suivre pour constater l'unanimité voulue par Hadrien a beaucoup préoccupé ceux qui ont écrit sur notre sujet. Il nous paraît naturel d'admettre que l'unanimité devrait être supposée en faveur du plaideur, qui justifiait avoir à son profit l'opinion d'un *prudens* ou de plusieurs, tant que son adversaire ne parvenait pas à démontrer qu'il existait en sens contraire au moins l'avis d'un jurisconsulte appartenant à la classe de ceux qui jouissaient du *jus respondendi*, travail dans lequel il pour-

rait du reste être suppléé par le juge, soucieux de conquérir sa liberté. Nous rejetons, par conséquent, le système des auteurs, qui pensent que l'unanimité devait être établie au moyen d'une conférence entre les *prudentes*. Ce préalable d'une conférence, dont on ne trouve aucune trace, aurait été d'ailleurs pratiquement impossible, s'il est vrai, comme nous l'estimons, que le droit de compter pour la vérification de l'unanimité n'était pas concentré exclusivement dans le cercle des *prudentes* existant au moment où s'agitait tel litige à résoudre. Ceci nous amène à signaler l'union intime qui existait, à notre gré, entre deux facultés qu'on a voulu séparer : 1° *le jus respondendi ex auctoritate principis*, 2° *le permissum est jura condere.*

Le problème historique consistant à déterminer comment fonctionnaient les *responsa prudentium* nous semble se simplifier beaucoup, en adoptant la thèse défendue par Puchtà. Du moment où il est admis qu'un homme est assez éclairé pour qu'on doive prendre ses avis en considération, du moment où il est investi au nom de l'Etat de la mission d'interpréter le droit, ne serait-il pas singulier que l'autorité de ses décisions dépendît de cette circonstance qu'elles ont été émises par voie de consultation? Les opinions d'un jurisconsulte valent sans doute à raison de sa science, non à raison de sa santé. Serait-il logique de les dépouiller à la mort de leur auteur du crédit dont elles jouissaient de son vivant? Il y a mieux ; on peut dire que l'avis d'un jurisconsnlte, quand il est emprunté à ses ouvrages, mérite plus de confiance que s'il avait été donné pour le besoin d'un procès, peut-être sous la pression des intéressés, tout soupçon de partialité en faveur d'un plaideur devant être écarté en présence d'une doctrine exprimée en pure théorie. La raison nous dit que l'avis d'un *prudens* emprunte sa force aux lumières

ce *prudens*, et nullement à la forme spéciale d'une *responsio*. Aussi voyons nous Gaius, quand il définit les *responsa prudentium*, les faire consister dans les *sententiæ* et *opiniones*, ce qui est aussi général que possible. On s'explique bien qu'à l'origine l'immixtion des *prudentes* dans la solution des questions de droit se soit manifestée au moyen de *responsa*. C'était dans le but de fournir des conseils aux juges, à propos de litiges réels, qu'avait été imaginée l'institution des jurisconsultes officiels, privilégiés. De là le nom de *responsa*, qui est resté pour désigner la fonction de ces interprètes, bien que leur mode d'action se fût élargi, et qu'ils eussent travaillé à fixer la science du droit, non plus seulement en fournissant des consultations, mais en développant dans des traités les règles propres à vider les controverses que soulève chaque jour la lutte des intérêts.

Je suis donc d'accord avec MM. Bodin et Demangeat pour faire entrer dans la dernière source du *jus scriptum* les ouvrages composés par les *prudentes;* mais en donnant accès à cet élément, qui a fini même par être la partie la plus considérable de cette source, je n'ai pas besoin d'exclure les *responsa* proprement dits. Je n'ai pas besoin surtout de supposer que les Romains avaient pratiqué dès le commencement du régime impérial un usage, dont on n'avait pas jusqu'à nos jours soupçonné l'existence, celui d'apprécier après leur mort les jurisconsultes pour inscrire sur leur tombe le titre de *juris conditores*. C'est sur ces deux points que me paraît erronée la doctrine de mes honorables collègues.

Quant au premier point, ma répugnance est extrême à concevoir que chez un peuple qui possédait des jurisconsultes répondant *publice, ex auctoritate principis*, et où se rencontre une source de droit appelée *responsa pruden-*

nom de l'État les fonctions d'interprètes du droit. Nous nous empressons d'arriver à ce qu'il y a de plus critiquable, à notre gré, dans la théorie que nous combattons, à la méthode suivie pour transformer le *publice respondens* en *juris conditor*.

Nous avons dit comment, dans le système de MM. Bodin et Demangeat se constituaient les *responsa prudentium*. « *Il* « *parait* (j'emprunte les expressions de M. Demangeat (1) « qu'après la mort d'un grand jurisconsulte il arrivait « quelquefois qu'on donnait force de loi aux ouvrages ou à « quelques-uns des ouvrages qu'il avait pu composer ; pour « exprimer l'honneur ainsi fait au jurisconsulte défunt, « on disait exactement qu'il lui était permis *jura condere*.» Cette habitude d'apprécier outre-tombe le mérite des jurisconsultes aurait sans doute été usitée de bonne heure sous les empereurs, puisque un siècle environ après Auguste, le nombre des écrivains favorisés de cette distinction exigeait un règlement afin de déterminer l'autorité de leurs écrits, règlement qui fut l'œuvre d'Hadrien, comme nous l'apprend Gaius, Comm. I, 7. L'habitude se serait continuée longtemps après Hadrien ; car Papinien, Paul, Ulpien, Marcien auraient obtenu de cette façon la consécration de leurs ouvrages, sauf que pour ces derniers il fut dérogé partiellement à cette confirmation, laquelle fut abrogée quant aux observations que s'étaient permises à l'égard des doctrines de Papinien, Paul et les deux autres jurisconsultes.

Est-il possible d'admettre qu'un semblable usage ait subsisté d'une manière constante, durant plus de deux cents ans, sans qu'il s'en rencontre aucune trace certaine, soit dans les écrits des jurisconsultes contemporains de

(1) T. I, p. 94.

si on l'applique également aux opinions des *prudentes* officiels, vivants ou décédés, avait du moins le mérite de laisser la porte immédiatement ouverte au progrès; car il suffisait du suffrage d'un *prudens* vivant pour permettra au juge d'entrer dans la voie d'une amélioration contre laquelle aurait protesté peut-être l'ensemble des jurisconsultes décorés du titre de *juris conditores*. Vainement, au contraire, les *prudentes* en fonctions actives seraient-ils d'accord pour condamner un principe trop rigoureux; ils ne peuvent rien à eux tous contre leurs prédécesseurs. Il faudra attendre que l'un des novateurs ait disparu de ce monde pour que son influence se fasse sentir et pour introduire dans la pratique judiciaire une réforme utile.

M. Demangeat convient que l'obtention du *jus publice rsspondendi* était généralement un gage pour le concessionnaire qu'il parviendrait, une fois défunt, au rang de *juris conditor*. De fait, les ouvrages nombreux que les jurisconsultes nous ont laissés sous ces titres : *Responsa, Quæstiones, Disputationes,* ont passé dans les éléments de cette source du droit; seulement, ils auraient eu à faire deux étapes. Les avis énoncés dans ces recueils, avis provoqués successivement pour le besoin de questions pendantes, auraient eu une double destinée qu'on devrait distinguer. Originairement ils n'auraient joui que d'une autorité morale, la seule qui fût accordée aux opinions d'un *prudens* vivant; et ils n'auraient été admis à faire partie des *responsa* réglementés par Hadrien, que postérieurement au décès de leur auteur, pourvu qu'une décision impériale l'eut déclaré digne de figurer au panthéon des jurisconsultes. Ce tempérament restitue, en réalité, à notre source les produits du *jus respondendi*, sauf la condition, que nous jugeons inutile, d'un stage perpétuel, durant leur vie exigé, chez les *prudentes* qui avaient exercé au

nom de l'État les fonctions d'interprètes du droit. Nous nous empressons d'arriver à ce qu'il y a de plus critiquable, à notre gré, dans la théorie que nous combattons, à la méthode suivie pour transformer le *publice respondens* en *juris conditor*.

Nous avons dit comment, dans le système de MM. Bodin et Demangeat se constituaient les *responsa prudentium*. « *Il* « *parait* (j'emprunte les expressions de M. Demangeat (1) « qu'après la mort d'un grand jurisconsulte il arrivait « quelquefois qu'on donnait force de loi aux ouvrages ou à « quelques-uns des ouvrages qu'il avait pu composer; pour « exprimer l'honneur ainsi fait au jurisconsulte défunt, « on disait exactement qu'il lui était permis *jura condere*.» Cette habitude d'apprécier outre-tombe le mérite des jurisconsultes aurait sans doute été usitée de bonne heure sous les empereurs, puisque un siècle environ après Auguste, le nombre des écrivains favorisés de cette distinction exigeait un règlement afin de déterminer l'autorité de leurs écrits, règlement qui fut l'œuvre d'Hadrien, comme nous l'apprend Gaius, Comm. I, 7. L'habitude se serait continuée longtemps après Hadrien; car Papinien, Paul, Ulpien, Marcien auraient obtenu de cette façon la consécration de leurs ouvrages, sauf que pour ces derniers il fut dérogé partiellement à cette confirmation, laquelle fut abrogée quant aux observations que s'étaient permises à l'égard des doctrines de Papinien, Paul et les deux autres jurisconsultes.

Est-il possible d'admettre qu'un semblable usage ait subsisté d'une manière constante, durant plus de deux cents ans, sans qu'il s'en rencontre aucune trace certaine, soit dans les écrits des jurisconsultes contemporains de

(1) T. I, p. 94.

cette pratique, soit dans les recueils des constitutions impériales? Les rescrits qui avaient été rendus pour ériger des *prudentes* décédés en *juris conditores* étaient surtout précieux à conserver. Il importait de faire connaître à tous les noms des auteurs qui avaient été l'objet de ce privilége, d'autant plus que les empereurs, nous assure-t-on, ne sanctionnaient pas en masse tous les ouvrages, mais parfois quelques-uns seulement. Or, je n'ai vu, dans les fragments si nombreux qui nous sont parvenus de la littérature juridique des deux premiers siècles de l'empire absolument rien qui fasse allusion à l'usage dont on nous parle. Les jurisconsultes romains aiment à s'appuyer de l'autorité de leurs devanciers, mais nulle part l'un d'eux n'a indiqué pour les auteurs cités cette position particulière, qui valait la peine d'être signalée. Pomponius, qui vivait sous Adrien, n'a pas dû ignorer la chose, puisqu'à la même époque on sentit la nécessité de préciser la force obligatoire des ouvrages qui auraient constitué les *responsa*. La pensée de Pomponius, en écrivant ce qui est devenu la loi 2, *de orig. jur.*, était de mettre en relief la considération qui environnait à Rome la profession de jurisconsulte. Il veut conserver la mémoire de ceux *qui maximæ dignationis apud populum romanum fuerunt* (§ 35). Comment n'a-t-il pas songé à nous entretenir de cet honneur suprême décerné à certains d'entre eux? Il n'oublie pas de faire mention, avec détails, du *jus publice respondendi*, mais il garde le silence le plus complet sur cette récompense si flatteuse, qui au point de vue de la science aurait valu l'immortalité aux plus illustres des jurisconsultes.

La série des constitutions impériales, dans les collections que nous possédons, remonte jusqu'à Hadrien, après lequel auraient été émis la plupart des rescrits ayant

pour but de décider que tel jurisconsulte à son décès irait grossir la classe des *juris conditores*. Eh bien, ces collections ne nous fournissent aucun document dans le sens que nous cherchons. Il faut descendre jusqu'à Constantin pour trouver des constitutions qui s'occupent de la force des écrits de jurisconsultes décédés. Cette fois, s'écrie-t-on, la chose est certaine. La constitution qui dépouille de toute autorité les notes d'Ulpien et de Paul sur Papinien (1), abroge en partie au moins deux constitutions rendues précédemment pour leur conférer cette autorité. Quant aux constitutions originales, leur existence serait suffisamment indiquée par le § 4 de la préface de Digeste, *Deo auctore*, où Justinien parle des jurisconsultes *quibus auctoritatem conscribendarum et interpretandarum legum sacratissimi principes præbuerunt*.

Je prie qu'on veuille bien ne pas perdre de vue que nous en sommes toujours à trouver un rescrit qui ait prononcé sur la valeur des ouvrages d'un jurisconsulte au moment de son décès. Par conséquent, nous n'avons pas le *desideratum*, sans l'aide duquel le système de M. Bodin se réduit à une pure conjecture, rendue fort invraisemblable par le silence de tous les auteurs contemporains de l'institution supposée. Quant à nous, nous ne sommes pas embarrassé pour expliquer le § 4 *Deo auctore*. Il est incontestable que les empereurs prenaient des décisions pour conférer le *jus publice respondendi*; en fallait-il davantage pour qu'on pût dire qu'il y avait autorisation d'interpréter les lois? Ainsi entendu, le langage de Justinien est bien plus exact qu'avec le sens que lui prêtent nos adversaires. Offrir à quelqu'un telle puissance (*præbere auctoritatem*), c'est apparemment lui accor-

(1) L. 2, *De res. prud.* C. Th. c. 1, 4.

der une faculté dont il ait conscience, et qu'il exerce en connaissance de cause, tandis qu'il est assez singulier de prétendre offrir à un jurisconsulte décédé la mission d'interprète. Comme le fait observer très-justement M. Accarias, peut-on parler d'une permission donnée à un mort?

Les constitutions abrogatives des notes sur Papinien se conçoivent parfaitement, sans qu'il faille supposer que les auteurs de ces notes avaient obtenu une consécration posthume pour leurs ouvrages. Ces auteurs avaient été de leur vivant des *publice respondentes ex auctoritate principis ;* la concession de ce *jus respondendi* avait permis à ces jurisconsultes, soit par les consultations qu'ils avaient données, soit par les ouvrages scientifiques qu'ils avaient composés, d'alimenter la source des *responsa prudentium.* Pas n'était besoin d'en faire après décès des *juris conditores,* puisqu'ils l'avaient été pendant leur vie. La valeur interprétative, octroyée à leurs décisions, n'était pas, nous l'avons dit, viagère ; elle devait rationnellement se perpétuer dans leurs écrits. Il fallait une constitution pour dépouiller ces écrits d'une force dont ils avaient joui jusqu'alors ; il n'en fallait pas pour imprimer à leurs noms une autorité qui leur avait appartenu dès le principe.

Enfin, disent les partisans du système moderne, il y a eu réellement une confusion commise par Justinien. On doit présumer, en effet, que la faculté de *respondere publice* a été accordée à plus de trente-neuf jurisconsultes ; cependant, il n'y en a pas davantage qui aient été mis à contribution pour la confection des Pandectes. Cela prouverait, dit-on, irrécusablement que les *juris conditores,* réduits à une phalange peu nombreuse, ne doivent pas être identifiés avec les *publice respondentes,* qu'on estime avoir dû former une troupe considérable.

J'avoue, pour mon compte, ignorer à quel chiffre ont pu s'élever les brevets délivrés pour le *jus respondendi*. Je ne crois pas que ce titre ait été prodigué, témoins les principes de politique professés par Hadrien. Il me paraît néanmoins vraisemblable qu'on est allé au delà de trente-neuf. Seulement, je ne doute pas que plusieurs des *publice respondentes* se sont bornés à donner des consultations, de sorte que n'ayant pas laissé d'écrits, ils n'ont pas pu concourir par leurs ouvrages à grossir les *responsa* d'une façon permanente. J'ajoute même que parmi ceux qui avaient écrit, il en est, sans doute, dont les ouvrages ont été négligés, la pratique judiciaire ayant dû laisser tomber dans l'oubli les ouvrages émanés de médiocrités. La nécessité d'élaguer dans cette masse d'écrits se fit sentir, comme le prouve la constitution de Théodose, connue sous le nom de loi des citations. Suivant moi, au lieu de s'affliger de ce chiffre de trente-neuf, on doit, au contraire, être surpris que sous Justinien, à Constantinople, on possédât encore les ouvrages de trente-neuf jurisconsultes, composés à Rome plusieurs siècles auparavant. Cette abondance de matériaux a permis, il est vrai, de donner de l'ampleur au Digeste ; mais, peut-être a-t-elle nui à la perfection de l'entreprise. Si les commissaires de Justinien avaient été plus réservés quant au choix des auteurs qu'ils compilaient, ils auraient eu le mérite d'éviter beaucoup de redites inutiles, et ils se seraient moins exposés à l'inconvénient des antinomies, dont il serait puéril de vouloir les disculper entièrement.

E. MACHELARD,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

OBSERVATIONS

SUR

LA PEINE DE MORT.

I

Tout a été dit, à ce qu'il semble, sur le terrible problème de la peine de mort. Cependant, a-t-on complétement déterminé sous quelles influences ce problème s'est si fortement imposé à l'attention des philosophes et des criminalistes? A-t-on aussi envisagé sous toutes leurs faces les raisons de douter et de décider? Quelques éléments de la question, notamment au point de vue psychologique, paraissent mériter d'être encore approfondis.

La controverse sur la peine de mort est née d'hier, du siècle dernier au plus : pourquoi le problème s'est-il ainsi posé tardivement? D'où est venu chez nous un scrupule inconnu aux âges précédents? Tous les motifs qu'on fait aujourd'hui valoir contre la peine de mort, on les connaissait autrefois : l'horreur de la religion pour l'effusion du sang, les sentiments de la pitié et de l'humanité, l'irréparable gravité de la peine de mort. L'argument le plus saisissant, sinon le plus décisif, des adversaires de la peine de mort, c'est la possibilité de l'erreur judiciaire. Mais cette possibilité n'existait-elle pas, et bien plus redoutable, dans les siécles passés? Nos ancêtres, qui avaient vu tant d'innocents périr, ou se sauver miraculeusement, n'avaient-ils pas été touchés au fond de leur conscience? Si assurément, et pourtant on n'avait jamais entendu une protestation contre la peine de mort en elle-même.

De là cette question dans la question : Sous quelles influences la discussion s'est-elle engagée dans les temps modernes ?

Plusieurs causes expliquent le fait.

En premier lieu, c'est l'affaiblissement et la transformation de l'idée d'autorité. Avant le XVIIIe siècle, la tradition de l'autorité venant de Dieu était une règle suprême ; les esprits, ployés par une longue habitude à la doctrine du droit divin, n'en discutaient point le principe. Les querelles religieuses et politiques portaient sur le droit de telle ou telle puissance terrestre à s'attribuer la délégation divine, ou sur la détermination des choses commandées et défendues par la loi de Dieu. Mais sur l'autorité en elle-même, point de doute : catholiques et protestants la reconnaissaient, et parmi toutes les délégations du pouvoir divin, la plus incontestée était celle du pouvoir civil, sauf discussion de ses limites.

L'ordre établi par Dieu et l'obéissance à sa volonté formaient le critérium universel : les vertus et les institutions humaines n'étaient observées et admirées qu'en sous-ordre et comme dérivées des préceptes divins. D'autre part, le propre de l'idée de droit divin est de conduire à l'immutabilité des institutions, et d'en trouver la justification dans leur pratique constante par les siècles passés.

Or, la peine de mort se retrouvait dans la tradition de tous les temps : contester aux pouvoirs émanés de Dieu le droit d'infliger la mort, c'eût été d'abord attaquer, par une audace de novateur, un régime couvert de son autorité dans les siècles passés ; c'eût été de plus une contradiction flagrante avec le dogme fondamental du péché originel : Dieu lui-même n'avait-il pas condamné à mort l'humanité tout entière ? N'avait-il pas encore, dans l'histoire sainte, ordonné la mort d'une multitude de trans-

gresseurs de sa loi ? Poser la question de légitimité de la peine de mort, quand les caractères de légitimité devaient se trouver dans l'autorité divine, aurait donc été un insoutenable paradoxe. Quand la société punissait de mort, ce n'était pas l'homme qui frappait, c'était Dieu qui châtiait par sa main.

Mais le XVIIIe siècle fit descendre l'autorité du ciel sur la terre. C'est dans l'humanité qu'on chercha le principe des lois : soit qu'on prît pour point de départ l'instinct, le contrat social, la raison d'utilité, ou l'affection nécessaire des hommes les uns pour les autres, c'était désormais l'homme seul, avec sa raison et son cœur, qui devenait le principe du droit et du gouvernement, pour lui et pour ses semblables. Plus libre dans ses conceptions, qu'il ne devait plus rapporter à un être supérieur et infaillible, il leur devait par là même une confiance moins aveugle. Ayant conscience de sa faiblesse et de ses erreurs, il se sentait obligé de discuter vis-à-vis de lui-même chacune des institutions et des règles qu'il acceptait.

Aussi, l'humanité, autrefois subordonnée au droit divin, devenait le point de départ et le centre de la puissance sociale. Ainsi, tous les pouvoirs devenaient sujets à la critique, et le plus extrême de tous, le pouvoir de donner la mort, quand l'homme doit le prendre en son propre nom, sans se couvrir de la religion, le fit aussitôt reculer : à quel titre trouvait-il lui-même ce droit exorbitant, de supprimer une vie égale à la sienne ? Que suis-je donc, se disait-il, moi faible et faillible, accablé de fautes et d'erreurs, pour que ma volonté soit une cause légitime de mort ? Limité dans son pouvoir et dans son intelligence, l'homme se sentit limité dans son droit : pouvait-il aller jusqu'à la mort, terme extrême où s'arrête Dieu lui-même?

L'abolition des tortures et des mutilations corporelles, résultat de l'humanité du XVIIIe siècle, fut encore une cause de doutes à propos de la peine de mort.

La mort pouvait entrer en comparaison avec les autres supplices de l'ancienne jurisprudence : l'amputation du poing, de la langue, etc ; elle n'était que le dernier terme de cette longue et affreuse série : l'atteinte à l'être physique, l'appareil extérieur, l'effusion du sang, la douleur et les cris du patient les rapprochaient. Mais ces peines abolies, la peine de mort se dresse au haut de l'échelle, unique, sans aucune commune mesure, sans aucun point de contact avec les autres peines, privatives de liberté ou simplement pécuniaires. De tous les anciens supplices, elle reste le seul et le plus effrayant.

Il y a là comme une lacune et une discordance énormes dont l'esprit est saisi. Deux hommes à peu près également coupables sont traduits ensemble en justice : une simple nuance sépare leurs crimes. Et pour cette nuance dans la culpabilité, un infini de différence entre les peines : pour l'un la mort, pour l'autre la privation de la liberté, choses incommensurables entre elles. Quel trouble pour l'intelligence ! Quel trouble surtout quand la répartition de ces deux peines semble laissée au hasard ! La loi édicte la peine de mort pour une série de crimes déterminés ; à l'aide des circonstances atténuantes, elle permet de descendre à la peine inférieure d'un ou de deux degrés. La règle d'admission des circonstances atténuantes, le juge du fait, le juré, la trouve dans sa propre conscience : conscience variable d'homme à homme, mobile chez le même individu au gré des impressions du moment. De deux hommes également coupables, qui seront jugés par des jurés différents, l'un sera condamné à mort, l'autre échappera à cette peine suprême ; il pourra même se

faire que le plus coupable échappe, et que l'autre soit frappé. A quoi aura tenu le résultat ? A la limite de deux départements, au sort qui aura fait sortir un nom plutôt qu'un autre, à une récusation faite à propos, à la bonne ou mauvaise digestion d'un juré. Ces imperceptibles différences des causes auront amené l'immense différence du résultat.

Les circonstances atténuantes, en permettant plus facilement de franchir l'abîme qui sépare la peine de mort des peines inférieures, ont beaucoup contribué sans aucun doute à en faire apprécier toute la profondeur.

Mais ce n'est pas à ce point de vue seulement que la peine de mort saisit et effraye comme une anomalie. C'est aussi parce que, telle qu'elle est organisée, elle n'apparaît pas comme une conséquence *forcée* du crime : elle ne présente pas cet enchaînement non interrompu et fatal de circonstances, qui nous explique la mort dans des cas où elle est autrement injuste et douloureuse.

La mort qui abat sur le champ de bataille des milliers de jeunes gens pleins de vie et d'avenir, qui les saisit vaillants, honnêtes, généreux, innocents des vaines querelles de territoires où ils succombent, cette mort n'est-elle pas infiniment plus inique et plus cruelle que le supplice du criminel ? La mort qui atteint l'ouvrier laborieux, soutien de sa famille, dans ces travaux périlleux qu'a créés la civilisation, ne mérite-t-elle pas plus de larmes et d'horreur ? (1) Et pourtant, en pareil cas, nous

(1) Dans la discussion sur la peine de mort au Parlement de l'Allemagne du Nord, M. de Bismark a invoqué ces hasards terribles, pour prouver que la mort infligée dans l'intérêt général était pour ainsi dire dans la nature des choses. L'argument ainsi présenté n'a rien de sérieux, et prouve tout au plus l'indifférence de son auteur pour la vie humaine, et sa facilité à confondre la fatalité avec la justice; l'iniquité de la nature ne saurait justifier

avons beau faire : nous plaindrons plus sincèrement la victime ; son souvenir personnel sera pour nous plus poignant, mais nous ne sentirons pas en nous-mêmes ce sentiment de honte intérieure que fait éprouver à beaucoup d'entre nous l'application de la peine de mort. L'idée de protestation surtout sera moins vive.

Pourquoi donc ?

C'est que dans la mort du champ de bataille ou des travaux industriels, la force des choses joue un rôle plus immédiat. Nous pouvons bien attaquer la guerre dans son principe, les industries meurtrières dans leur développement excessif ; mais elles nous apparaissent, à l'égard de la mort, comme une cause éloignée et non forcée. La cause immédiate, c'est le combat, où chacun se défend et tue ; c'est l'accident fortuit : entre cette cause et la mort, point d'intervalle, point de solution de continuité ; la mort est un résultat fatal, devant lequel on s'incline avec résignation. Pour sentir la responsabilité sociale, il faut

celle des hommes. Nous sommes pourtant amenés au même rapprochement, mais précisément pour rechercher les différences d'impressions que présentent les morts accidentelles et les exécutions judiciaires. Tous les arguments de M. de Bismark paraissent d'ailleurs plus destinés à frapper l'imagination qu'à serrer la question : ainsi, la raison tirée des croyances religieuses à l'immortalité de l'âme pour atténuer l'horreur de la peine de mort; ce genre de raisonnement métaphysique semble particulier aux gens sans scrupule. La thèse de M. de Bismark n'est que le contre-pied de la thèse de César dans le procès des complices de Catilina ; elle présente la même élévation apparente dans les idées, la même sérénité d'appréciation. Quand un législateur, pour le jugement des choses humaines, sort ainsi des considérations humaines, il faut se défier. Il est bien vite arrivé au cri du légat dans la guerre des Albigeois : « Tuez toujours; Dieu saura bien reconnaître les siens ; » ou à la maxime de M. de Bonald : « La peine de mort appliquée au sacrilége ne fait que renvoyer le coupable devant son juge naturel. »

remonter plus haut : le pouvoir qui a déclaré la guerre, la puissance industrielle qui expose chaque jour des hommes au danger, n'ont cependant pas marqué à l'avance telle ou telle victime ; bien qu'il soit sûr que des hommes périront dans une guerre ou dans une exploitation dangereuse, il n'est pas sûr que tel homme déterminé périra ; il faudra qu'il y ait en outre une cause particulière ; la responsabilité ne pèsera donc pas tout entière sur le pouvoir social ; la fatalité aura une part dans chaque mort, et s'interposera comme cause immédiate.

Dans la peine de mort, au contraire, c'est la volonté libre des représentants de la société, qui, depuis le premier jusqu'au dernier moment, tient dans ses mains la vie du coupable ; c'est elle, elle seule, qui, à l'instant suprême, le prend, plein de vie encore, et le tue, sans qu'aucune fatalité extérieure intervienne. L'unique *necessitas moriendi* pour cet être humain, elle est dans la volonté de ses semblables : quoi d'étonnant, que, devant cette mort à donner de sang-froid, leur conscience hésite et recule ?

Si encore il y avait, chez ceux qui frappent ainsi, un sentiment ardent et actuel de vengeance à satisfaire et de danger à prévenir, la mort du coupable serait un fait humain, une conséquence immédiate de passions humaines. La loi de Lynch nous offre ce spectacle : un crime vient d'être commis ; le besoin de vengeance et le sentiment du danger s'éveillent en même temps dans les âmes ; le jugement a lieu sans désemparer ; la sentence aussitôt prononcée, est exécutée : dans ce drame rapide, il n'y a pas une minute où la pensée du châtiment cesse de marcher à son but : il n'y a pas place pour une autre idée que celle de la perversité à punir, ou de la sécurité sociale

à protéger. *Semper ad eventum festinat.* En un mot, dans cette justice sommaire, rien n'est artificiel ou inconséquent : tout se tient et s'enchaîne.

Chez nous, au contraire, un crime vient-il à se révéler : on instruit l'affaire ; on en recherche les circonstances, mais à bâtons rompus, en divertissant à mille occupations ; un jour vient enfin où les preuves sont réunies, et le jugement a lieu ; l'homme est condamné à mort. Les juges vont-ils rester sous l'empire de leurs pensées, et s'occuper sans relâche du résultat ? Oh ! non : ils jugeront d'autres procès ; ils iront à la campagne, au cercle, au bal, causeront de toute autre chose ; à peine, de temps en temps, songeront-ils en passant à leur condamné. Puis un jour viendra, où, tous les délais légaux expirés, toutes les formalités dûment vérifiées, on ira dans la prison chercher cet homme, et le tuer tranquillement, par pure obéissance à une abstraction, la loi. Qu'est-ce donc que cette mort ainsi donnée, sans passion, sans motif immédiat, sans nécessité visible et palpable ? *Natura saltum non facit,* disaient les anciens, et l'âme humaine se reconnaît soumise à cette loi suprême. Ici, qu'y a-t-il, sinon une interruption anormale et bizarre entre la cause et l'effet ? La pensée n'est une que par sa continuité : est-ce donc la même pensée qui a présidé au jugement, qui reparaît le jour de l'exécution ? Si la loi est chose humaine, et non surnaturelle, n'est-elle pas alors en contradiction avec le cours ordinaire des choses ? Oui, la peine de mort est logique pour le criminel, qui, lui, songe perpétuellement au sort qui l'attend, et pour lequel il n'y a pas d'interruption réelle entre le crime et le châtiment ; elle est logique aussi pour cette foule, qui, obsédée d'une préoccupation constante, se fait raconter ou lit chaque jour avidement les moindres incidents, qui va voir

toutes les nuits si on ne dresse pas l'échafaud. Mais pour les représentants de la société, pour les juges, pour les intelligences au nom desquelles on juge véritablement, où est la logique ? Il paraîtrait absurde de frapper un homme qui, entre le crime et le châtiment, aurait perdu le souvenir et la conscience de son action : il est réciproquement absurde pour la société de frapper quand elle-même a cessé un seul instant de s'occuper du crime. Le coupable pourrait lui dire : « Je reconnais, moi, la justice du châtiment (1) ; depuis le jour du crime, j'en porte en moi la pensée ; mais vous, en pouvez-vous dire autant ? Ceux qui m'ont jugé peut-être ne songent plus à moi : peut-être sont-ils morts ; et voici un autre homme qui ne m'a jamais vu, qui peut-être apprend mon crime pour la première fois, qui va me tuer, sans m'en vouloir d'ailleurs, et même avec une certaine politesse. Mon action était injuste ; au moins elle était logique et humaine, puisqu'elle se faisait sous l'empire brutal de la passion ; la vôtre peut être juste, mais elle est en tout cas absurde et incohérente. »

Dans cette incohérence visible est certainement une des causes les plus fortes de la répugnance des modernes contre la peine de mort ; cette répugnance est d'autant plus vive chez les nations à caractère mobile, Français, Italiens, etc., qui ne saisissent les conséquences que si elles sont immédiates. A notre époque d'ailleurs, l'absurde

(1) Les condamnés à mort, en fait, ne considèrent point la peine de mort comme injuste, et il n'y a guère d'exemple qu'aucun d'eux, dans ses plaintes les plus amères, ait contesté le droit de la société. Joignez que la plupart d'entre eux, d'après les faits constatés, ont assisté à des exécutions capitales, par plaisir, c'est-à-dire en les approuvant. Si la peine de mort doit être condamnée, c'est donc au point de vue de celui qui l'inflige, non de ceux qui la subissent.

choque plus vivement que l'injuste. Comme ces jurisconsultes romains qui avaient trouvé dans l'étude raffinée du droit le sens artistique qui manquait à leur nation pour d'autres objets, et que choquait si vivement l'*inelegantia juris*, nous appliquons à ces problèmes sociaux, si complexes, une sorte d'instinct d'harmonie. En même temps, les choses sensibles nous saisissent plus fortement que les considérations abstraites. L'utilité sociale, qu'invoquent les partisans de la peine de mort, produit une impression légère sur notre esprit : pourquoi ? Parce qu'elle ne se montre pas immédiatement compromise au moment où l'on met à mort l'individu désarmé ; le danger est lointain, nous sommes tout entiers au supplice du condamné, à cette souffrance suprême, sans cause immédiatement saisissable (1).

(1) Parmi les causes qui ont jeté du discrédit sur la peine de mort, il faut encore signaler : 1° la diminution incontestable de son utilité (car l'augmentation de bien-être et l'adoucissement progressif des mœurs, réagissant l'un sur l'autre, ont supprimé des causes nombreuses de crime et de désordre); 2° le développement de l'idée de justice, non pas que cette idée fût étrangère aux siècles passés; mais elle y était liée à l'idée d'autorité; pour les modernes, l'idée du juste a une existence propre; si mal définie qu'elle soit en bien des points, elle forme une idée absolue, nécessaire, se suffisant à elle-même, nullement contingente ni accessoire d'un autre principe. Tant qu'on n'admet pas le caractère absolu de la justice comme principe des jugements, une erreur judiciaire n'est qu'une erreur; le malheur qui en résulte n'est qu'un accident regrettable. Mais aujourd'hui on fait de la justice pure une base nécessaire des jugements : qu'un innocent meure par raison de justice; c'est une idée contradictoire à soi-même, c'est-à-dire ce que l'intelligence peut concevoir de plus monstrueux; c'est le renversement de la raison. La seule possibilité de l'erreur judiciaire irréparable, condamne donc la peine de mort pour un grand nombre d'esprits. A d'autres points de vue encore, que nous signalerons, l'idée de justice absolue ne trouve pas sa satisfaction complète dans la peine de mort, même réservée aux coupables.

II

Si pourtant l'utilité sociale a le caractère d'une nécessité absolue, il faut imposer silence à nos scrupules de logiciens ; il faut même repousser nos sentiments d'humanité mal entendue. Car si le supplice d'un coupable doit sauver dans l'avenir la vie d'un innocent, il n'y a pas à hésiter. La raison doit s'élever au-dessus des illusions qui la troublent ; dès que la réflexion révèle des motifs plus graves que l'impression première, résultat du jeu spontané de l'intelligence, il faut compter avec eux. Nous sacrifions des hommes dans les périls de la navigation et de l'industrie, pour satisfaire nos besoins et nos caprices, pour nous rendre la vie plus douce ; pour sauver dans l'avenir la vie à plusieurs de nos semblables comment ne ferions-nous pas un semblable sacrifice ? La raison de douter peut-elle être que les dangers de la mer ou des travaux industriels frappent des victimes aujourd'hui indéterminées, et que le sort prélève seulement sur le nombre des innocents une dîme mortuaire, tandis que la peine de mort atteindra un individu directement désigné par son crime ?

C'est là une raison négative et toute d'apparence. Quant aux raisons positives qu'on peut, d'ailleurs, invoquer contre la peine de mort, elles n'ont rien d'absolu ; elles sont subordonnées à la nécessité suprême de la conservation sociale. L'argument religieux, outre qu'il repose sur une base qui ne peut être reconnue par tout le monde, est désavoué par la pratique des religions elles-mêmes ; le principe de l'inviolabilité de la vie humaine, s'effaçant, de l'aveu de tous, dans le cas de légitime défense, doit disparaître toutes les fois qu'on reconnaîtra une nécessité égale à celle de la légitime défense ; la crainte de l'erreur judi-

ciaire, poussée à ses dernières conséquences, mènerait à supprimer toute pénalité, chose actuellement impossible (1) ; enfin, les sentiments de pitié ou d'horreur qu'inspire la vue de la souffrance physique, doivent céder devant le besoin de la conservation de nos semblables, comme la pitié du chirurgien en présence d'une opération indispensable (2).

Toute la question est donc là :

La peine de mort doit-elle nécessairement sauver des innocents dans l'avenir? Sa suppression doit-elle nécessairement entraîner la mort d'un plus grand nombre d'entre eux ?

Oui, répondent les partisans de la peine de mort, et à un double point de vue :

1° L'individu qui a déjà tué, s'il n'est pas mis à mort, peut tuer encore ; et alors, pour avoir épargné la vie d'un coupable, on aura certainement sacrifié celle d'un innocent. 2° En admettant que le coupable lui-même ne recommence pas, l'intimidation résultant d'une peine in-

(1) On dit, il est vrai : la peine de mort est irréparable, les autres peines ne le sont pas. En réalité, toutes les peines sont irréparables : un innocent, n'eût-il subi que huit jours d'emprisonnement, prendrez-vous sur l'éternité huit jours de liberté et de bonheur pour les ajouter à sa vie ?

(2) Le plaidoyer le plus éloquent qu'on ait fait en France, contre la peine de mort, *le Dernier jour d'un condamné*, présente ce parti-pris de montrer l'horreur de la peine de mort sous toutes ses faces, et rien autre chose. L'idée de justice n'y apparaît pas : nous ne savons pas quel est le crime du condamné; la pensée de la sécurité sociale, pas davantage; le condamné seul est devant nous, désarmé et impuissant; mais nous ne connaissons rien de ce qui a paru au dehors, ni de ce qui pourrait arriver s'il continuait à vivre. Le but du poëte (on peut l'appeler ainsi, même quand il écrit en prose) a été évidemment d'inspirer, pour la peine de mort en soi, un tel sentiment d'horreur, que nulle autre pensée, si puissante fût-elle, ne pût le surmonter.

férieure sera insuffisante pour arrêter beaucoup d'autres individus, qui auraient reculé devant la peine de mort.

La première de ces allégations trouve sa justification dans des faits nombreux, et qu'il serait impossible de contester. Souvent, des meurtriers condamnés aux travaux forcés à perpétuité, ont tué leurs gardiens ou leurs compagnons. D'autres, après avoir obtenu, par grâce, leur libération, ont tué encore d'autres personnes. Ne semble-t-il pas à propos de rappeler ce mot d'un ministre d'un royaume d'Espagne? Un criminel avait été condamné deux fois à mort pour homicide; deux fois il avait été gracié par le souverain; il commet un troisième meurtre, et sa grâce est de nouveau demandée au roi : « Je ne puis pardonner davantage à un homme qui en a tué trois autres, » dit le roi. — « Un seul, Sire, » interrompt le ministre. — «Comment? un seul! — Oui, le premier; pour les deux autres, c'est Votre Majesté qui est responsable. »

Malgré leur gravité incontestable, tous ces faits doivent-ils entraîner comme conséquence nécessaire le maintien de la peine de mort? Ne serait-il pas raisonnable de chercher tout d'abord une autre peine qui mît le coupable dans l'impossibilité d'attenter à la vie d'autrui? Les meurtres commis après une grâce obtenue (faits qui se sont produits en France, et de nos jours) ne démontrent-ils pas plutôt un abus du droit de grâce que l'insuffisance des peines ordinaires?

L'autre point de vue, celui de l'intimidation générale par l'exemple, est également sérieux. On ne peut guère le nier : l'intimidation produite par la peine de mort, dans les circonstances présentes, est plus forte que celle qui résulte des peines inférieures, comme les travaux forcés. Si on supprime tout à coup la peine de mort, une

recrudescence momentanée des crimes n'aura rien de surprenant. J'ai entendu citer, à cet égard, des faits certains, et qui paraissent concluants : des criminels avaient commis des assassinats, et en apprenant qu'ils étaient exposés à une condamnation capitale, ils déclaraient qu'ils avaient cru la peine de mort abolie (les faits se sont passés, soit dans les années qui ont suivi 1832, après l'admission du principe des circonstances atténuantes, soit dans des localités où le jury avait pris l'habitude de repousser systématiquement la peine de mort), et ils protestaient que s'ils avaient su la vérité, ils n'auraient pas commis le crime ; d'autres individus, avertis à temps de l'existence de la peine de mort, avaient renoncé à une idée d'assassinat.

Faut-il ajouter une foi entière à ces paroles des criminels ? Se sont-ils eux-mêmes rendu un compte exact des conséquences de leurs impressions ? Est-il bien sûr que les premiers dont nous avons parlé auraient finalement reculé devant l'assassinat, s'ils avaient su qu'ils s'exposaient à la mort, et que les seconds auraient été jusqu'au bout, lors même qu'ils ne l'auraient pas appris ? Le crime que nos lois punissent le plus ordinairement de mort, c'est le meurtre avec préméditation : ce crime suppose une pensée longtemps mûrie, et qui finit par obséder l'esprit du criminel : dans ses méditations, se placent en regard le bénéfice du crime avec l'impunité, et d'un autre côté, le danger de la peine, qui décident de sa conduite. Il est possible que l'homme animé d'une pensée criminelle y résiste un peu plus longtemps, si la peine est plus redoutable ; mais, tôt ou tard, cette considération de la gravité s'effacera, dès que le criminel, poursuivi par son idée fixe, croira voir dominer les chances d'impunité. Si, au contraire la peine semble certaine, quelle qu'elle soit

d'ailleurs, elle l'écartera facilement de l'accomplissement de son dessein ; il n'est pas un de ceux qui assassinent pour voler, qui ne s'arrêtât aussitôt, s'il était sûr, immédiatement et matériellement sûr, qu'il ne recueillera pas le bénéfice du vol, et qu'il aura seulement huit jours de prison.

Admettons pourtant que la peine de mort, dans l'état actuel, empêche quelques crimes. La substitution d'une peine inférieure n'arriverait-elle pas à en empêcher un nombre pareil et même supérieur, et l'excédant de crimes qui se produirait peut-être dans les premiers temps, ne serait-il pas compensé largement par une diminution ultérieure? Il nous semble permis de l'espérer.

Montesquieu a exprimé dans son *Esprit des lois*, cette vérité profonde :

« L'expérience a fait remarquer que dans les pays où les peines sont douces, l'esprit du citoyen en est frappé, comme il l'est ailleurs par les grandes. » (Liv. VII, ch. 12.)

La peine qu'on pourrait substituer à la peine de mort ne tarderait pas à produire la même intimidation que celle-ci, par cela seul qu'elle serait désormais la plus terrible de toutes. Je vais plus loin : la peine qu'on établirait ainsi, devenant comparable aux autres peines, pourrait être plus efficace que la mort même.

Voici comment :

Notre imagination est soumise aux mêmes lois que nos sens, elle est surtout affectée par comparaison. Qu'on mette devant nos regards une lumière extrêmement vive ; nos yeux, d'abord éblouis, finiront par s'y habituer ; qu'on y substitue une lumière beaucoup plus faible ; l'œil s'y accoutumera également ; et au bout d'un certain temps, l'impression qu'on ressentira ne sera pas diffé-

rente de celle qu'on a ressentie, en fin de compte, dans le premier cas ; nos sens se seront adaptés au milieu dans lequel ils auront été plongés. Ce phénomène, se produisant dans l'ordre moral, c'est la proposition même de Montesquieu.

Mais au lieu de nous présenter successivement des lumières d'intensité différente, supposons qu'on nous les présente simultanément : sur une partie d'un tableau placé devant nous, on projette cette lumière extrêmement vive ; sur une autre partie, la lumière beaucoup plus faible, et enfin une dernière partie est laissée dans l'ombre. La lumière la plus vive éteindra, par son voisinage, la lumière la plus faible qui se confondra avec l'obscurité ; et si les trois parties que nous avons supposées dans la surface du tableau sont égales, un tiers seulement paraîtra éclairé, les deux autres resteront obscurs.

Changeons encore notre manière de procéder : projetons sur un tiers du tableau la lumière faible dont nous parlions tout à l'heure ; sur le second tiers, une lumière un peu plus faible, mais très-peu différente ; laissons, comme précédemment, la troisième partie dans l'ombre. Nous verrons alors les deux tiers du tableau éclairés, et un tiers seulement plongé dans l'obscurité. Et les yeux s'adaptant, dans l'un comme dans l'autre cas, à l'éclat lumineux, nous verrons ici la lumière plus étendue ; et au bout de peu de temps, nous ne nous apercevrons pas qu'elle est moins vive.

Ce phénomène physiologique se reproduit dans les impressions inconscientes que produit la crainte des peines dans l'âme des individus.

Dans l'état actuel de notre législation, un homme a formé le dessein de commettre un crime passible de la peine de mort. Dans les profondeurs de son esprit, s'agite

obscurément la pensée des chances à courir : non pas une pensée raisonnée et mathématique (car alors la chance de succès paraîtrait si faible que le crime serait presque toujours arrêté), mais une pensée trouble et vague, une sorte d'action physiologique du système nerveux. Il voit d'un côté la peine de mort qui projette sa lumière effrayante sur le tableau des chances à courir ; mais elle n'occupe qu'une partie de la perspective ; à côté, se confondent dans une même obscurité rassurante et la chance de l'impunité, et celle de la peine inférieure qu'entraîneront les circonstances atténuantes. Cette peine peut être terrible par elle-même ; quand elle sera prononcée, elle affectera, sans doute, très-vivement le condamné. Qu'importe ? pour le moment, elle est placée dans le champ des prévisions à côté de la peine de mort; comparée à elle, elle n'est rien. En somme, il y a une chance terrible à courir, contre deux chances qui peuvent être considérées comme heureuses. Songeons encore que l'esprit humain s'arrête plus aisément aux chances favorables qu'aux défavorables ; rappelons-nous que le nombre des chances nous saisit plus que leur gravité : on s'embarque très-gaiement pour une promenade sur mer, où il y a une chance de mort contre mille de se sauver ; on ne sort pas volontiers de chez soi par un temps nuageux, quand il y a une chance sur deux de se mouiller. Le criminel, soumis à ces sentiments naturels, trouvera toujours quelque motif de confiance. Si de grands crimes viennent d'être commis, et d'être punis de mort, il en sera plus rassuré qu'alarmé ; il y aura toujours quelque raison de différence qu'il tournera en sa faveur : son crime sera moins affreux, il s'y prendra plus adroitement ; il se sauvera, ou il aura des circonstances atténuantes. La possibilité d'éviter la mort où un autre l'aura trouvée sera comme une excitation de

plus : ce sera presque une affaire d'amour-propre. Ainsi s'expliquent peut-être, après les grands crimes, ces recrudescences de crimes presque aussi odieux qu'on observe quelquefois. La peine de mort introduit ainsi dans les calculs du coupable un élément aléatoire très-dangereux pour la société.

Que la peine de mort soit au contraire supprimée, et remplacée par une peine telle que les travaux forcés à perpétuité. La peine inférieure, qu'on appliquera en cas de circonstances atténuantes, ressemblera à la première, et n'en différera que par le degré. Toutes deux produiront, d'ailleurs, dès lors qu'elles seront les peines suprêmes, le même effroi que produit aujourd'hui la mort. Mais dans le tableau des chances, l'impunité n'aura plus qu'une place, sa place réelle. l'*alea* offrira aux calculs du criminel un champ moins vaste, et la tentation décroîtra par cela même.

Qu'on réfléchisse à la façon inconsciente dont s'opère dans tous les esprits le calcul des chances, dans les circonstances ordinaires de la vie : qu'on examine comment le raisonnement pur y disparaît pour faire place à des impressions toutes relatives : qu'on songe en même temps que la plupart des crimes sont absurdes au point de vue rationnel, et suivent les pures lois de l'instinct physiologique : on reconnaîtra peut-être l'exactitude de l'analyse que nous avons essayée.

Ainsi, à titre d'intimidation, la peine de mort est loin d'avoir l'efficacité qu'on lui attribue. Sous d'autres rapports encore, son abolition pourrait être un bienfait.

Cette abolition serait un exemple donné par la société : l'idée de l'inviolabilité de la vie humaine, une fois proclamée par le législateur et acceptée par la conscience publique, serait propre à créer dans les âmes une sorte

d'heureux préjugé, une répugnance plus vive pour le meurtre. Cet effet, il ne faut guère se bercer de l'espoir qu'il se produirait directement et immédiatement sur les âmes les plus perverses ; mais l'horreur du sang versé serait plus profonde chez les âmes ordinaires ; on verrait disparaître, tout au moins, faute d'aliment, ce plaisir sanguinaire qui porte la foule aux exécutions capitales ; et, comme tous les mauvais sentiments s'entretiennent les uns les autres, le respect de la vie humaine s'étendrait de proche en proche, et le niveau général des sentiments finirait par s'élever encore ; l'adoucissement des mœurs y gagnerait, comme il a certainement gagné à l'abolition des tortures corporelles.

A un point de vue plus élevé encore, l'abolition de la peine de mort profiterait à l'humanité.

Si les représentants de la société s'étaient bien habitués à considérer la vie humaine comme sacrée, même chez un criminel, l'homicide comme toujours illégitime quels qu'en soient les motifs, quelle puissance nouvelle pour ce sentiment de répulsion qu'inspire déjà la guerre ! La guerre a dès maintenant perdu le prestige attaché à l'autorité souveraine de ceux qui la décident ; cette autorité n'étant plus affaire de droit divin, ses actes sont jugés pour eux-mêmes ; ni l'exemple des siècles passés, ni les préjugés de métier, ni les sentiments de vanité nationale ne peuvent empêcher la discussion ; or, quand tous les esprits en sont venus à discuter la guerre, elle est très-près d'être condamnée. Mais combien l'abolition de la peine de mort en ferait mieux encore ressortir l'horrible absurdité, et de façon à frapper les esprits les moins éclairés ! Quel homme sensé pourrait admettre qu'on épargne la vie d'un criminel, et qu'on risque, sans une nécessité imminente, la vie de milliers d'innocents ? Cette

illusion, qui nous rend la guerre moins affreuse, parce que la mort n'en est pas le résultat fatal pour tel ou tel particulier, ne saurait tenir devant une semblable inconséquence. La seule guerre qu'on pourrait dès lors comprendre, à cause de son absolue nécessité, serait la guerre défensive ; et quand tous les peuples en seront venus à partager ce sentiment, la guerre défensive elle-même sera sans objet, faute de guerre offensive.

Quoi qu'on fasse, la logique le veut : si le respect de la vie humaine entre une fois, d'une façon absolue, dans les principes sociaux, il faudra l'étendre à tous les cas. Mais le seul moyen pour qu'il y entre d'une façon absolue et sans restriction, c'est de le pousser à sa conséquence extrême, en abolissant la peine de mort ; alors seulement, à titre de préjugé ou autrement, il devra produire toutes ses autres conséquences.

Si l'abolition de la peine de mort hâtait de quelques années seulement le mouvement des esprits vers la suppression de la guerre, si elle épargnait au monde une seule bataille, elle aurait certainement sauvé plus d'innocents qu'elle n'en aurait compromis.

Si, malgré tout, il faut absolument maintenir la peine de mort, s'il y a dans sa nature même une intimidation à laquelle les autres peines ne pourront jamais atteindre, et qui soit indispensable au salut public (1), il serait tout au moins nécessaire d'abandonner certaines idées sur lesquelles on la fonde, et d'en changer les conditions d'application.

La peine de mort est essentiellement juste, dit-on. Au premier abord, elle paraît, en effet, offrir ce caractère,

(1) Dans certains états sociaux, quand les pouvoirs publics sont faibles et les attentats multipliés, elle présente ce caractère indispensable.

comme toutes les pénalités qui reposent sur l'idée du talion. La justice nous représente une sorte d'équilibre et d'égalité à établir ; or, la peine de mort nous montre une égalité complète entre le mal commis et le mal à subir. Tandis qu'il n'y a aucun rapport naturel entre le vol d'une somme d'argent et un an de prison, entre un coup de poing et 16 francs d'amende, mais seulement un rapport arbitraire créé par la loi, c'est la force même des choses qui semble indiquer la peine de mort contre l'homicide. Et pourtant, il n'y a là qu'une apparence : l'équation à établir n'est pas entre le mal souffert par la victime et le mal à infliger au coupable ; car il faudrait punir de mort même l'homicide par imprudence ; elle est entre la perversité du coupable et le châtiment qu'il doit subir. Or, ce sont deux choses qui n'ont pas de commune mesure (1). La peine de mort serait juste, *à titre de réparation*, si, au prix de sa vie, le coupable rendait celle qu'il a enlevée ; elle serait alors juste, même au cas d'homicide par imprudence. Mais dès lors que l'équation ne peut plus se poser en ces termes, qu'elle existe, au contraire, entre deux choses incommensurables entre elles, la perversité et la peine, il est difficile de dire que la peine soit rigoureusement juste, qu'elle soit l'expression d'un rapport nécessaire.

Si on veut tenir compte des nuances de la culpabilité,

(1) Pour employer une expression mathématique, l'équation entre l'infraction et le châtiment ne doit pas, même pour la peine de mort, représenter une identité, les deux valeurs n'étant pas de même nature : elle doit établir l'un des termes *en fonction* de l'autre. Cette équation suppose les deux termes différents entre eux, mais soumis à une variation commune et proportionnelle ; elle suppose que chacun des deux termes comprend toujours des éléments comparables entre eux. C'est ce qui manque pour la peine de mort, indivisible et invariable en elle-même et non comparable avec les autres peines.

on est rejeté encore plus loin d'une corrélation absolue. Car la peine de mort n'est pas susceptible de plus ou de moins ; il en résultera donc que des actes différents par la perversité seront punis exactement de la même peine, et si on descend à la peine inférieure, qui n'est en rien comparable à la peine de mort, la discordance se produira en ce sens que, la différence de culpabilité étant très-faible, la différence des peines sera sans mesure.

Vouloir baser la peine de mort sur l'idée de justice, c'est donc se jeter dans une impasse ; tout ce qu'on peut faire, c'est de l'établir dans de telles conditions qu'elle ne soit ni juste ni injuste, et que le coupable n'ait pas à protester contre elle.

La chose est-elle possible? On la voit tous les jours. Est-il juste qu'un homme qui se jette de la fenêtre d'un cinquième étage ait la tête brisée? Il serait difficile de le soutenir. Cela est-il injuste? Pas davantage.—Qu'un voleur pénètre dans un enclos, où il a vu sur un écriteau : « Il y a des piéges à loup », et qu'il se prenne la jambe, la chose n'est pas rigoureusement juste; mais elle n'est pas injuste non plus, et l'homme n'a rien à dire. En pareil cas, nous ne plaindrons la victime que si le libre arbitre lui a fait défaut, ou si elle n'a pas connu le danger auquel elle s'exposait.

La loi peut de même établir la peine de mort, en faisant abstraction de l'idée de justice, en ne lui empruntant du moins que ces conditions : que le crime soit grave, que la culpabilité soit certaine, que la peine soit bien nettement édictée pour le fait précis. Il ne faut pas faire espérer au coupable qu'on établira, entre la perversité de son action et le châtiment qu'il encourra, une équation impossible ; il ne faut pas lui promettre une appréciation exactement fondée sur la justice : ce serait

le leurrer. Si la peine de mort est nécessaire, il faut avertir chacun qu'en tel cas donné, il l'encourt, et dès lors l'appliquer sans tempérament, sans circonstances atténuantes, sans droit de grâce possible. Mais si l'avertissement n'est pas précis, si la loi permet que les nuances de la culpabilité fassent changer la peine, le juge se sent lui-même jeté dans une perplexité inextricable; il est en présence d'un problème insoluble, et sa décision ne peut être qu'une approximation grossière.

La peine de mort établie comme nous l'indiquons, à peu près comme les peines qu'on applique aux contraventions (1), il est nécessaire que le jugement soit aussi sommaire et aussi rapide que possible. En pareille matière, une preuve qui ne peut pas se faire immédiatement ne sera jamais certaine; dès lors qu'on n'aura d'ailleurs à reconnaître qu'un fait matériel et une question d'imputabilité, les antécédents et les circonstances accessoires seront de peu d'importance. Les lenteurs de la procédure n'auraient d'autre effet que de faire disparaître l'idée de nécessité actuelle, seule justification de la peine capitale; elles effaceraient le souvenir du crime, et appelleraient l'intérêt et la pitié sur le condamné, en le livrant aux angoisses de l'incertitude et à la pensée affreuse du supplice; plus on s'attache, en les employant, à rendre la peine juste, plus elle devient irrationnelle et odieuse. La justice de Lynch, aux États-Unis, est plus logique et plus humaine : elle existe dans les *territoires* où la justice régulière n'est pas établie, et où une répression prompte et terrible est une nécessité, non pas vague et spéculative, mais immédiate et pratique. Elle n'est pas embarrassée par les longues involutions d'une procédure, qui dé-

(1) Les lois militaires nous offrent quelque chose de semblable.

mentiraient son caractère d'urgence indispensable. Elle offre d'ailleurs toutes les garanties qu'on peut exiger d'elle ; elle n'accepte que des preuves matérielles et décisives, la liberté de la défense, la nécessité de l'unanimité dans le jury, la célérité même avec laquelle tous les indices pour et contre l'accusé doivent être recueillis, sans que le temps puisse les dénaturer, la rendent aussi certaine qu'expéditive. C'est un dicton vulgaire aux Etats-Unis, que jamais la justice de Lynch n'a fait périr un innocent. On sait trop que nos procédures compliquées ne peuvent se flatter du même avantage.

Raison de salut public, inflexibilité dans la loi, certitude des preuves, célérité du jugement, sont les conditions indispensables d'application de la peine de mort. Etablie dans d'autres conditions, elle choque la raison ; si, ainsi établie, elle paraît trop rigoureuse, c'est qu'elle n'est plus indispensable, et elle doit disparaître.

Léopold THÉZARD,

Avocat, professeur agrégé de procédure civile
et de législation criminelle à la Faculté de droit de Poitiers.

P. S. Cet article était écrit avant la guerre ; les événements n'ont fait que nous confirmer dans les idées que nous exprimions ; nous n'avons donc rien à en retrancher et nous craindrions, en entreprenant d'y ajouter, de dire trop ou trop peu. L. TH.

DROITS ET COUTUMES DE REMIREMONT

Remiremont est une petite ville des Vosges, aussi remarquable par sa situation pittoresque que par sa haute antiquité. Son origine se rattache au monastère que fonda, vers 620, sur la montagne d'*Habend,* le seigneur austrasien Romaric. Abbaye et ville furent brûlées par les Hongrois et rebâties peu après sur leur emplacement actuel. Pourtant, ce n'est qu'à partir du xe siècle que le chapitre des dames chanoinesses commença à avoir éclat, célébrité et puissance. La dame abbesse, chef du chapitre et de l'église, était princesse de l'Empire germanique. Elle ne reconnaissait d'autre suzeraineté que celle de l'empereur ; elle jouissait des droits régaliens ; elle exerçait la haute, moyenne et basse justice dans la ville de Remiremont et dans 43 bans situés en Lorraine et en Alsace ; elle possédait une autorité souvent égale et parfois supérieure à celle des ducs de Lorraine. Les pièces que nous rapportons ci-dessous définissent la prééminence de l'abbesse par rapport à la ville. Elles tracent en même temps avec beaucoup de soin et de détails les droits et devoirs, tant des bourgeois que des officiers municipaux de Remiremont. En les rapprochant les unes des autres et en les comparant, on constate quelques amplifications et changements. A ce triple point de vue, ces pièces ont de l'importance. Ajoutons ceci pour en relever encore le mérite. Les originaux ont été détruits en janvier 1871 par le feu, qui a éclaté dans l'abbaye pendant qu'elle était occupée par les Prussiens !

E. Bonvalot.

I

Texte sans date, vraisemblablement de 1330 à 1370 (1).

Ce sont les coustumes de la ville de Remiremont.

Premièrement, doit on tenir chascun an plait bannaul quant li prudomes le requièrent | et cil plait aulz prudome | sou li maires veult mettre fuis la mairie | et il plait aulz signours | li maires doit mettre fuis la mairie en la main des signours | et doit esplongier | et prent conseil ez signours de renomeir un aultre maire, et doit nomeir au nowel iij prudomes boins et suffisens desqueilz iij là ou li prudomes saceptent on le doit rapourteir davant les signours; adonc doit on appelleir celui-là pour panre le franc mestier Sainct-Pierre et li doit tendre madame le balton et doit a remu faultei à Monseigneur le prevost Sainct-Pierre et ne puet ne ne doit refuseir l'office, cil ne monstre comme pourquoi qu'il ne la doche porteir.

Le Maire fait, il puet faire tous aultres officiours pour la liction des prudomes, c'est à saivoir | eschavin, | doyen portier et tous aultres officiours | et doit on chascun an quant on tient le plait banaul lxvij sols et demei de Toull.—Desqueilz lxvij sols et demei on en doit à monseigneur le prevost Sainct-Pierre lv sols | et au maire vi sols et aulz menestraulz v sols et le cleir xviij deniers | et ne doit on rien païer senz ne tient le plait.

Quand madame Labasse reprent de l'Empereur on li

(1) Cette pièce formant le n° 4 de l'art. AA.I. des Archives communales de Remiremont, est sans date ; elle doit avoir été écrite entre 1330 et 1370 ; son écriture est identique aux actes de 1336 relatifs aux fortifications de la ville ; elle est en papier de coton.

doit lv marcs d'argent et .I. fierton et ne li doit on rien riens | celle ne reprent de l'Emperour et doit achief de iij ans rendre iij charées de vin ban et doit estre rehu et assaïez par li maire et par li prudomes et saiellés et randeiz et doit eistre li vins boins et souffizens | et ne puet on monteir la quarte pue de ij denies.

Nuulz ne doit sergenteir dedens la ville de Remiremont maiquez li maires et li menestraulz. | Quand Madame et li prevost Sainct-Pierre veulent eschaiquez lor amendez | on doit dire ij jours ou iij davant au maire qu'il pourvoisse ses escrips | a donc li mairez doit pourvoire ses escripz | et ne doit respourteir amendez, cellez ne fut faitez de main et de bouche | ne ne doit on eschaiqueir maiquez selon la feaultei dou maire et des menestraulx | et doit estre lour faulteiz taile | cum ne doit deschaizeir personne | et si ainsi cum eschaquait plus avant que selon la faultei dou maire et des menestraulx, li menestraul ne seroient tenuit dou leveir | ne celui cum eschaiqroit ne seroit tenuis dou paier.

Vns bourgeois par chalour puet bien aller vers li maire et rendre sa bourgesie | et quand il vient en son propos li maire li puet rendre en sa chambre. Li maire puet recevoir bourgeois par la voluntei des prudomes | maiquez il soit passibles. Uns bourgeois empuet aleir fuer dou pays et demoureir lonc temps | et bourgeois en vait et bourgeois revient cil ne rent sa bourgesie.

Amende ne doit païer que lx sols si le corps ni vait, sanc courant xv sols, plaie ouverte lx sols, rompure lx sols, neuctance lx sols, force lx sols, ban briseiz v sols. bature maiquez sanc ni ait v sols.

Quant on ont tenuit plait banaul et li prudomes le requièrent et il plait aulz signours | on doit aller sur les vsaigez de la ville | et on treuve aulcuns qui ait mesfait

| on li doit commandeir fuis j termine suffizent quait amandei ceu qu'il ait a faire fuis l'usaige | et il met on poine | et si dedens le termine il ait amendi ceu qu'il ait mesfait | il doit eistre quittez de la poine | et cil ne lait amendei on doit leveir la poine.

Nuulz ne doit demoureir desouz le maire qu'il ne soit servens et obeissens au maire | maiquez li seneschaul madame ne li prevost Sainct-Pierre ne doit retenir bourgeois maiquez ainsi cum d'antiquictés.

Ne ne puet on faire mainbour de clerc—de prestres ne de gentilz gens cil ne veulent panre droit et faire droit desoub Sainct-Jehan | ne ne puet on panre home ne ne doit on | si ce n'est de fait quoitoun.

Il doit avoir à Remiremont xvj môniers (monnoyeurs) desqueilz xvj môniers chascun doit viij sols toullois | desqueilz viij sols chauscuns doit païer vj deniers à Noieil | seu ait mess. li dus de Lohereine ij sols et madame l'abbasse iiij sols | li prevost Sainct-Pierre ij sols. Et parmi len de ceu | li dit menier puelent tenir change par toute la terre Sainct-Pierre et tandre lor tapis selon occaison.

Si mess. li prevost Sainct-Pierre vouloit injurier li maire, madame la Doyenne en deverait avoir la court et la coignessance pour cause dou chapitre | et si li maire vouloit faire injure à un bourgeois | ou si li bourgeois vouloit injurier lou maire | mess. li prevost Sainct-Pierre en auroit la coignessance.

Si li eschaivins disoit un droit de quoi la partie se doulit ou voissit dolir | on puet appelleir à l'audience madame la Doyenne en chapitre, et de lai davant madame labbasse et de li davant l'empereur.

Et nous ne doient paier vente ne taneu ne paige Pierre ne a Chasteillembert ne aultre part et se lon nous

font on a païer à Chasteillembert | et nous font a païer la gabelle à Arches et se ne devons point.

Ne li seneschaulx ne li leutenant le prevost Sainct-Pierre ne doient seoir au plait si ce n'est pour le fait des tanniers ou des messechers ou des bolengers ou si donc ne nest quant on vorsit faire force ou violance au maire | adonc puet appelleir le prevost Saint-Pierre et le seneschaul pour lui wardeir de force.

II

Texte de 1427 (1)

« Ce sont les anciens vs et droitz de la ville de Remiremont que furent escrits et renouvellez en l'an mil iiij et vingt-sept, le jeudi après la Conception Notre-Dame.

1. — Premièrement, Dient les prodomes que on doit tenir chascun an le plait bannal et faire crier quant il plaist aux seigneurs de l'église Sainct-Pierre deux ou trois jours devant que on ne le tiegne.

2. — *Item*, Dient que quant on tient le plait bannal, le maire doit rendre son office à madame l'abbesse, ou à M. le prevost Sainct-Pierre, ou à leurs lieutenantz.

3. — *Item*, Dient que l'office de la mairie rendu, ledit maire doit asseurer par ses menestrals, et doit demender conseil aux seigneurs devanditz pour aller nomir un autre maire et doit appeler les prodomes et doit nomir le maire un nouvel par l'élection de ceulx de la ville trois prodomes des plus suffizants de la ville qui ne soient

(1) Cette pièce forme le n° 6 de l'art. AA.I. des Archives communales de Remiremont.

mis estei maires, et l'on doit rapporter ledit maire devant les seigneurs.

4. — *Item*, Dient que le plus suffizent des trois nomeiz, auquel les seigneurs s'accordent | il doit penre l'office, s'il ne montre juste exoine.

5. — *Item*, Dient que s'il monstre juste exoine, parquoy il ne le doye porter, on doit penre le second, et en cas semblant le tiers, et en cas que lesditz seigneurs ou leurs lieutenantz ne s'accorderoient aux trois nomeiz, et ils en vouloient plus faire nomeir, le maire par l'élection des prodomes en doit nomeir jusqu'à vj ou à ix et doient à de penre lesditz seigneurs le plus suffisant.

6. — *Item*, Dient que si les seigneurs ou leurs lieutenants estoient en descors de penre le plus suffisant, en cas qu'ilz ne le cognoisseroient bien, ils doient demander aux prodomes que les noment le plus suffisant par le faultey et celui que les prodomes noment doit on appeller pour penre le franc mestier Sainct-Pierre, et madame l'abbesse luy doit tendre le baston et doit remu fautey au prevost Sainct-Pierre ou à son lieutenant comme commune personne des abbesse et chapitre.

7. — *Item*, Encore dient que se recommandation se faisait de la Mairie, la recommandation se feroit par le prevost Sainct-Pierre.

8. — *Item*, Dient que quand plait bannal se tient et madame l'abbesse n'estoit présente, monseigneur le prevost Sainct-Pierre ou son lieutenant doit tendre le baston à celui qui est esleu pour maire par ceux de la ville.

9. — *Item*, Dient encor que s'il advenoit que le maire fust osté par son meffait ou aultre cause, que le prevost Sainct-Pierre tenderoit le baston à celui qui serait esleu pour maire par les prodomes.

10. — *Item*, Dient encore que ledit maire faict par

ledit prevost Sainct-Pierre sera tenu de faire faultey à madame l'abbesse pour sa personne si elle le requiert.

11. — *Item*, Le maire fait ainsi côme dict est, il peult faire par l'élection des prodomes trois aultres officiers qui peullent appartenir à la ville de Remiremont et tous aultres officiers excepté le ventier.

12. — *Item*, Dient encore que se madame l'abbesse ou aultre se plaindoient du maire, monseigneur le prevost Sainct Pierre en doit avoir la cognoissance.

13. — *Item*, Se madame l'abbesse et le prevost Sainct-Pierre vouloient injurier le maire ou bourgeois aulcun de la ville de Remiremont, madame la doyenne en auroit la connoissance à cause de chapitre.

14. — *Item*, Se le maire vouloit injurier un bourgeois, ou un bourgeois le maire, madame l'abbesse et monseigneur le prevost Sainct-Pierre doit en avoir la cognoissance.

15. — *Item*, Madame l'abbesse ne peut retenir bourgeois ne bourgeoises dessoubs la mairie qui ne soient subietz et servans à la mairie, excepté le seneschal qui n'est point obéissant au maire, ne tous ceux de la ville ne se peuvent arroger d'autres seigneurs dedans la ville de Remiremont que de madame l'abbesse et de M. le prevost Sainct-Pierre.

16. — *Item*, Se aussi estoit que aucun bourgeois rendit sa bourgeoisie, et puis après il advenoit qui fust trouvé fuer houre entre ses iiij feulles, corps et avoir d'iceluy bourgeois seroient acquis aux seigneurs, c'est assçavoir à madame l'abbesse et au prevost Sainct-Pierre.

17. — *Item*, Nul ne doit sergenter en la ville de Remiremont, maique le maire et les ministraulx tant seulement.

18. — *Item*, Ne doient point seoir les seigneurs ne leurs lieutenantz au plait, si le maire ne les y appelle.

19. — *Item*, Y doit y avoir en la ville de Remiremont xvj moneyers et doient chascun an viij sols toullois, desquels viij sols tollois madame l'abbesse en a, la vigile de Noël iiij sols toullois., le prevost Sainct-Pierre ij sols tollois, et monseigneur de Lorraine ij sols.

20. — *Item*, Monseigneur de Lorraine ne se puet de plus agrantir en la ville de Remiremont excepté que de l'exécution de l'homme que ou lui délivre à La Pinette (l'Epinette, lieu proche Remiremont), en pure chemise, et les biens que celuy homme a sont à madame l'abbesse t au prevost Sainct-Pierre pour cause de l'église.

21. — *Item*, Le revenant desdits monaiges doit estre au sonrier, et autre part là où on les doit, et puellent changer lesdits moneys par toute la terre Sainct-Pierre et non aultre part, et ne doient ne vente ne tonneux en toute la terre Sainct-Pierre.

22. — *Item*, Madame l'abbesse ne le prevost Sainct-Pierre ne aultres ne doient mettre saisine en ladite ville, si ce n'est par le maire et par ses menestraulx, excepté que le ventier pour cause de la vente peut mettre saisine et gaige.

23. — *Item*, Quant plait bannal est tenu, on doit aller sur les vsaiges à val la ville, pour voir qui auroit meffait ez usaiges, et lui doit on commander que dedens viij jours il y ait amende, soub peine de v sols, et se il y ait amende, il est quitte de la peine.

24. — *Item*, Se l'eschevin rapporte un droit, duquel droit partie se douloit, celle partie pourroit rappeler en l'audience de madame la doyenne, et puis après en la chambre madame l'abbesse et après devant l'empereur, moyennant qu'il ait bien asseurey.

25. — *Item*, Quant madame l'abbesse ayt repris de l'Empereur, ceulx de la ville de Remiremont lui doivent lv marcz d'argent et j fiereton.

26. — *Item*, Madame l'abbesse doit vendre trois charrées de vin bannal au chief de trois ans, ou chascun an une charrée, et doit estre la charrée de viij muids et doit estre le vin-ban bon et suffisant et doit estre exaier par les prodomes et scellé par M. le prevost Sainct-Pierre ou par son lieutenant et ne doit on monteir la quarte dudit vin-ban que de deux deniers coursables, et ne doit nul vendre vin que madame l'abbesse qui ne fuit à l'amende.

27. — *Item*, Nul ne doit mettre la main à bourgeois ne bourgeoises, se ce n'est de faict coiteux, et ne lui doit on mettre personne que le maire et les menestraulz.

28. — *Item*, Nulles amendes ne doient passer lx sols sy le corps n'y va.

29. — *Item*, On ne doit achaiquer nulles amendes si elles ne sont faites de main et de bouche et jugées si parties la requièrent.

30. — *Item*, Plaie ouverte lx sols.

31. — *Item*, Sang courant, xv sols.

32. — *Item*, Nuitante, lx sols.

33. — *Item*, Bien battu mal battu, v sols, vaut iiij sols dessoubs droit, mais que sanc n'y ait ou force, ou que ne soit en franchise.

34. — *Item*, Dient que quand les seigneurs veulent eschaiquer leurs amendes, on le doit faire assavoir au maire deux ou trois jours devant pour pourvoire à ses escriptz et ne doit on eschaquer mais que par la fautey du maire et des menestraulz et doit estre la fautey telle que on ne doit personne descharger et que eschaquerait, oultre la fautey, les menestraulz ne seroient point tenuz de lever, ne ceux qui seraient eschaquez de payer.

35. — *Item*, dient encore que quant on tient plait bannal la ville doit lxvij sols et demi toullois, desquels lxvij sols et demy, M. le prevost Sainct-Pierre emporte lv sols, le maire vj sols, les menestraulx v sols et le clerc xviij deniers.

36. — *Item*, Se tant estoit que l'on voulsist demander les boloingiers, messeliers et taverniers, pour cause de leur mestier, adonc peut venir le lieutenant M. le prévost Sainct-Pierre, ensemble le seneschal pour faire la demande et le maire les doit demener par droit.

37. — *Item*, Si un bourgeois de Remiremont vient de front eschauffier par devers le maire et lui rend sa bourgeoisie, et puis après il revient à lui, ledit maire luy peut rendre sa bourgeoisie à l'houre sans préjudice.

38. — *Item*, Si vient un homme estrange en la ville de Remiremont qui veuille estre bourgeois, le maire luy peut donner sa bourgeoisie, par le conseil de ses prudomes, eu cas qu'il seroit paisible.

39. — *Item*, Quant un homme en vait qui est bourgeois de la ville de Remiremont, et bourgeois en vait et bourgeois en revient et ne doit vente ne tonneu en la ville de Remiremont.

40. — *Item*, Nulz ban brisier ne vaut que vj sols, iiij dessous droit.

41. — *Item*, On ne doit faire mainbourg en la ville de Remiremont, de gentilhommes, de dames, de prestres ne de clercs, ce dont nest des propres hoirs de son corps, ne de hôme qui soit de serve condition.

42. — *Item*, Dient encore lesdits prodomes qu'ils peullent aller pescher en la rivière sans danger excepté que ez gueux bannalz.

43. — *Item*, Peullent aller au bois à toutes voitures sans danger, fuer que ou bamboys, c'est assavoir au bois

pour la fouaige et à tous leurs vsages pour leurs foillies, et les corusies pour leveir leurs escorces, et les mareschauls pour faire leur charbon, parmi iiij bons deniers que on doit au forestier.

44. — *Item*, Se monseigneur le prevost Sainct-Pierre vouloit injurier le maire, madame l'abbesse en doit avoir la connoissance, et se madame l'abbesse le vouloit injurier, monseigneur le prevost dessudict en doit avoir la connoissance, et se madame l'abbesse et M. le prevost conjointement ensemble le vouloient injurier, ou un bourgeois de la ville, madame la doyenne en doit avoir la connoissance pour cause du chapitre.

45. — *Item*, Dient encore lesdits prodomes qu'ils sont juges d'eux-mêmes.

46. — *Item*, Dient encore lesdits prodomes que nul bourgeois de la ville de Remiremont ne soit déclamer à aultres seigneurs, fors que à la justice dudit Remiremont qui est pour les seigneurs.

III

Compromis entre le chapitre de Remiremont et les bourgeois, pour les fortifications de la ville (1).

13 MAI 1366.

In nomine Domini. Amen. — Par la tenor de cest present publicque instrument, chose cogneue soit à tous, que en l'an de l'Incarnation de Notre Seigneur mil trois cens sexante et seiz, l'indicte quarte, le treizième jour dou mois de may, entour l'houre de tierce, très sainct père en Dieu, Notre Seigneur, Urbain pape quint, est estant au

(1) Copie extraite d'un original en parchemin, collationnée par les tabellions soussignés : J. de Ranfaing et A. Maljan. AA. VI, n° 5. EE. I, n° 3.

seizième an de son pontificat. Ou cuer de l'Eglise conventual dou monastère de Remimont, de la diocèse de Toul, de l'ordre Sainct Benoict, appartenant sans nul moien au Saint Siége de Rome, en la présence de moy tabellion et notaire publicque et des tesmoignages cy après nommés et escript, por ce au son de lor cloches establies oudit cuer de ladite église, ensi come il est de coustume pour tenir chapitre et chapitre facent, c'est asçavoir très-nobles et religioses dames madame Alienor de Chalon, par la patience de Dieu abbasse, Guie de Grange, doyenne, Estevenace de Buxcères, secraste, Agnès de Mons, aumonière, Jehanne de Bruxeires, Marguerite de Sceilly, Jehanne de Belmont, Isabel de Granges, Sécile de la Grange, Marguerite de Mons, Biétrix d'Argueil, Jehanne de Champelz, Isabel de Melisey, et Allix, sa suer, et les plusors autres Dames dou chapitre dudit monastère d'une part, et Jamrel de Nuesviller, maire, Jean Guyate, grant xavein (*échevin*), Willemin dit le Jallecen, petit xavein, Jehan le Roucelat, doien, ou nom et pour la justice de Remiremont, Jehan Quartalz, Mougin Rassintin, Jehans Bonsvoisins, Willime Mailhans, Jehan de Loyes, Jehans Chougnais et plusieurs autres bourgeois et habitants de Remimont ou nom et pour la communaltey dudit Remieremont et communaultey facent, sy come ils doisoient d'autre part. Et come lidicte justice, bourgeois et communaltey monstressent et autre fois éheussent monstrey en complaindent aulz dictes Dames, les gries, damages, perdes de bien et de corps de hômes et grands damages aultrez qu'ils avaient encourruz et sostenus, premierement par les Burgoignoz qui avoient pilié lor ville et auxi par les compaignez si come chescuns scavoir le pooit, par desfaut de fermer lordicte ville. Lidicte justice, bourgeois, communalteiz et habitans par toute

la ville de Remimont, supplioient qu'il plaisist et plaire voxist aulsdictes Dames conjoinctement ensemble, donner ealz licence et otroi de fermer lordicte ville de Remiremont de fossez, palis, murs, muates, et toutes aultres choses convenables a fermetey ou aultment. Ils ne veoient mi qu'ilz puixent bonement demeurer au lieu : aulzquelz justice, bourgeois, communaltez et habitans, madicte Dame abbesse, ensemble toutes les Dames de son chapitre dessux dict par bon conseil et par mahure délibération devantehue, don consentement d'elles toutes, doneirent licence, otroi et favour, ausdiz bourgeois, justice, communalteiz et habitans, de fermer ladicte ville selon ce qu'il lor sembleroit bon, de fossez, palis, murs, muattez et de touttes aultres choses convenables a fermetey, a lour mission et despens, sans rien demander aulxdictes Dames, à lor eglise ne à lour subgies maiques de grace par ensis que toutes les dominacions, ordenances, signories et auctoritez de droict, de faict et de coustume, que lesdictes Dames avoient en lordicte ville et sur les bourgeois et habitans hômes et fâmes d'icelle, quand elle estoit ville champestre à fermer et auxuirent (*également*) toutes libertez, franchises et ordenances de faict ou de costume que lidictz bourgeois et habitans hômes et fêmes avoient et devoient avoir devant ce que ladicte ville se fermest demorrent et demorront en lor estat en tout et partout sans amenrir de l'une part ni d'aultre, et par ensis encor que par tant que les choses dessuzdictes fussent plus seguiement faictes par l'une partie et par l'autre, estoient nômey et eslêhu noble hôme Thiebault Luer de Blamont, messire Ferris de Parroys, chevaliers, Burnequins de Proys, prevost Sainct-Pierre, et maistre Thierrys de Bioncourt, doien de Toul conjoinctement ensemble en a rechaige d'aultre, si on ne les pooit avoir ou aucun dealz esleu par

acor desdictes parties, liquel dessux nomey ou cil qui seroient rechangiei ont plain pooir et plaine puxance de ordener selon lor volontés de ladicte fermetée por faire et deviseir portes, poternes, et aultres codampner et faire abattre icelles et toutes autres choses, faire et ordeneir que à fermetei de bone ville appartient au profit de l'Englise et de la ville, et tout ce que par les dessuxdis nomeiz esleus serat ordoneiz, fait et devisei bônement et léalement a lor rawar et ordonance ont promis et promettent, lesdictes parties divisement par lor foy donei corporellement en la main de moi, notaire et tabellion publicque, stipulant et recepvant pour tous ceulz cui li fais puet touchier tenir fermement par lors successors à tousjors sans aler au contraire par ealz ne par aultres comme ne en appert, sous la paine de cent florins de or, à appliquei la ou li desmadis nomei et esleu volroient, lesquelz cent florins seroient tenues de paier li parties qui l'ordenance, dispoicion et rapport desdis nameiz et esleuz ne tanroient. Toutes exceptions desous quelque forme qu'elles soient arier mises et anienties. Desquelles choses dessus escriptes lesdictes parties et chacune partie resquist à moi notaire publicque ung ou plusieurs instruments estre faict et delivrei à elles et à chascune de elles. Ce fut faict, l'an, l'indict, le mois, le jour, l'heure, le lieu et le pontificat devant dits. Presens discreites personnes signours Jehan, curei de Debermot, Gerard, curei de Rus, Guy de Batherans, chanoine de Grays, prestres et plusieurs aultres tesmoings, dignes de foy, à ce appelleiz et requis. Plus bas est escript : Et je Estiennes de Aroffes, chanoine de Porses, de la diocèse de Toul, tabellions publicqs de l'autoritei impérial et notai juré de la Cour de Mons, de Toul, ai estei présens aulx choses dessusdictes faire, si côme elles ont estées faictes, ordonées, devisées, et prinses, par devant

les tesmoings dessus escripts. Et en signe de veritei, je en ai faict cest instrument rédigé en forme publicque escript de ma propre main et signei de notre signet et de mon nom ascoutumeiz par la partie de madicte Dame, l'abbasse de son couvent à ce appelleiz et requis. Signé Est. de Aroffes avec paraffe.

IV

Acte contenant les conditions de la fermeture de la ville et rappelant les droits du chapitre et des bourgeois (1).

13 MAI 1366.

En nom de Dieu, *amen*. — Par la tenour de cest présent publicq instrument, chose soit cognue à tous, que en l'an de grace Notre Seigneur, courant par mil trois cent soixante et.... (six), l'indiction seizième et le treizième jour du mois de may, entour houre de tierce, très-saint Père en Dieu et Signour Urbain, pape V, étant au seiziesme an de son pontificat, ou cuer de l'Englise conventale dou monastère de Remiremont, en la présence de moy, tabellion publiques et des témoignages cy après nomeiz et escrips personnellement estaublies nobles et religiouse Dames Dame Alienour de Chalons, par la patience de Dieu abbasse, ly doienne, ly secreste, ly sôriere, ly amonières, teiles et teiles Dames, sieur Burnequin de Parroys prevost, teilz et teils chanônes ou dit monastère, d'une part, Et Jehan de Nuesviller, maire, Jean Guyate, gran xavain, Jallecen, petit xavein et Jean Le Roucela, li doien Justice et tenant lou justice en la ville doudit Remiremont, Jean Quartal, teil et tel monoyer, teil et tel de la communaltey, assembleiz et appleiz par

(1) AA. VI, n° 6 des Archives communales de Remiremont.

menière de commaltey et faisant commaltez d'aultre part, furent proposey par leizdis Justices, communaltez et habitans, ly damages et évident oppression et plusors aultres orible faictz que sont avenus et avienent de jour en jour en ladicte ville et aus habitans d'icelle par les Compaignies, par les Bourguignons et Allemans que on temps passez y ont faictz, et est encore en espérance de faire ou temps advenir. Pourquoi ilz supplient à Madame l'abbasse, la doyne et les autres Dames de leur chapitre que à la tincion de leur corps, de lours bien, deiz corps des hômes et fêmes, deiz biens de lourdicte terre, plaise consentir et consencient à fermer et à clore ladite ville de Remiremont, à laquelle supplication leizdicte Dames Madame l'abbasse, ly doyne, et tous ly couvent sur ceu heu délibération mehure et bonne, et pour lour très-grand et évident profit et vtilitez deaulx et de leur Englise dessusdicte, lont ottroie et consentie, que leurdicte ville, ensemble lordit monastère se formient par la meilloure menière que faire se pourroit par lesdicts bourgeois et habitans par teille condiction, que teille domination et signourie, que lesdictes Dames avient en ladicte ville, quand elle estoit ville champestre, demourent en toute leur force quand elle seroit ville ferme, et toutes franchises et libertey desdis bourgeois et habitants demeurent auxi en toute lour force et valour. Item que lesdites dames, abbé et chapitre, conjoinctement en leur cômandement y metteront pourtiers, fiauble et jurei à elles pour wardeir les portes, poternes, toutes petites et grandes, et aueront les *cleirs* (clefs) toutes entièrement de toutes portes, poternes et guichos en lour wardes ou de ceaulx qui de ceu seront deputei par elles. Et ferait ceu fait aux missions des bourgeois et habitans dudit Remiremont, et avec ceu metteront et feront mettre leizdictes Dames, lour biens, les biens

de leur hômes et subgis dedean ladicte ville franchement, et feront osteir et fuer mettre touttefois qu'il leur plarait ne ne feront, ne faire feront aux hômes de ladicte Englise qui a refuge va iront en lourdicte ville de Remiremont, nulles tailles, in positions ou collectes, par quelque manière que ce soit se il ne demourent bourgeois de ladite ville ou nen ament licence expresse de l'abbasse et dou Prevost Sainct-Pierre pour chapitre conjoinctement, et ce chose estoit que on levassent, ils serient tenus don rendre et restitoit à cealz de cui ils l'aueroient recehus et levei sens delai et sens rien en retenir, ne ne puent ne ne doient lydis bourgeois et habitant communément et singulièrement aultre seignour faire ne aus reclamei d'aultres seignours, maiques desdictes Dames abbasse et chapitre conjoinctement, et doient garder et faire gardeir de jour et de nuit bien et loyaulment, ladicte ville selon leur puissance, et faire ladicte fermetey en tout et partie à lor propre despens et mission sans n'en panre desdictes Dames ne de lour biens de lour monasteire conjoinctement et diviséement, ne de lou déforains homes, se il ne plait esdictes Dames. Et ces choses dessusdictes, lour ont ottroiée leiz dictes Dames et consentir pour telle manière que liditte justice mônoyer, bourgeois, habitant et cômunaultei lor cognoissent lour drois, lour usages, lour rentes et lour aultres seignouries, teilles côme elles ont en lourdicte ville. Et lidite justice, mônoyer, bourgeois et habitans et comunaltei lour ont confessey et confessent toutes les choses dessusdictes et cy-après nomeiz estre vrayes; et premier toute la ville Remiremont, ly territoire, ly domination et signourie et ly scituation dou lieu, toute ordenance de la ville, des personnes et de toutes danrées, ly cri, ly commandement et toutte justice et corrections de tous melfais, haute et baisse, ly hômes et fêmes, et tuit ly habitant sont de l'Eglise

de Remiremont devant dicte, sans aultre signours ne personnier ne sceel ne doient avoir maisques les scelz des seignours. Et se doient tuit justicier par lour maire qu'il est mis par l'élection des prodômes et instituéy par l'abbasse et le prevost de l'Englise pour lou chapitre. Exceptei seulement le seneschaul et ly création dou maire est teille quant il plait aux seignours cest assavoir l'abbasse pour l'église et le prevost pour le chapitre tenir le plait bannale, ly proudômes élisent jusques à trois ou IX deiz aultres, et celuy que il semble aulx seignors quil soit plus souffisant, ly seignors ly tendent lou baston de la Mairie, et doient ly prodômes chascun an pour le plait bannal lxvij sols toulloix et vj deniers, liquel plait bannal se doit tenir chascun an quand et vient à point audiz seignors, dont ly prevost Sainct-Pierre ait lv sols, ly maire vj sols, ly menestrelz v sols et ly clerc xviij deniers ; quant il plait aux signours d'achaiquer les amendes, ils font savoir au maire devant que y pourveoie seiz escrips, ne ne doit on achaiquer maiques par la faultei dou maire et deiz menestralz et doit estre ly faultei teille que en eschaiquant, on ne doit personne deschaser et qui achaqueroit oultre ladite faultey, li menestralz ne seroient tenuz de lever. Item, que ly abbasse doit vendre trois charrée de vin bon et souffisant de trois ans en trois ans, et doit estre rewardeiz par les proudômes et assaiez, et sceelleiz dou scel de la prévostéz, ne ne doit monter ly quarte que de deux deniers, ne ne doit vendre nulz vendre vin, maisques ly dicte abbasse tant côme lesdictes trois charrées duront, se ce n'estoit pour les Dames et pour le Clergie, liquel puelent achepter partout, ensemble les menestralz de l'Englise. Item, que quant li abbasse reprend de l'Empereur, ceaulz de la ville de Remiremont ly doient lv marcs d'argent et un fierton. Item, se aulcuns

se plendoit du maire, le prevost Sainct-Pierre en doit avoir la cognoissance, et sy ly prevost Sainct-Pierre vouloit injurier le maire, ly doyenne de l'Eglise en doit avoir la cognoissance en son chapitre. Item, que se ly eschevins rappourtoit un droit dont ly partie se doulist, ly partie pourroit appeller à l'audience de la Doyenne de l'Englise et puis en la chambre de l'abbasse, et après devant l'Imperours. Item que ly abbasse ne ly prevost Sainct-Pierre ne puellent tenir bourgeois dessoulz le Maire, ne cilz de la ville ne se puellent awoer d'aultre seignour dedens la ville ny aultre part, se par le grey des seignours, n'estoit que de l'Abbasse et dou prevost Sainct-Pierre pour le chapitre. Et se ensy estoit que aulcuns de la ville que ne fust bourgeois fuit trouveiz fuer doubre entre seiz iiij feulz, ly corps et ly anoûs (*avoir*) sont acquis aulz seignours l'abbé et le prevost Sainct-Pierre pour le chapitre. Item, ly vautiers puet mettre sazine par toute la ville pour le droit de la vente senz le maire et les seignours. Item, quant ly plait bannalz est tenuz, on doit aller veoir sur les usages quil y ait meffait. Item, qu'il doit avoir en la ville de Remiremont xvj monoyers, et doient chascun viij solz toullois par an, deiz quelz ly abbasse il ait iiij solz la velle de Noël, M. le Duc ij solz, et ne se peut agrancies en ladicte ville, ly prevost Sainct-Pierre ij solz, leiz aulmonières pour chapitre xxvj solz et ix deniers tollois. Et ly remenant est aul sourier de l'Englise et aultre part où en le doit. Et puent changer lydis monoyer et non aultre part toute la terre Sainct-Pierre et non aultre part. Ne ne doient lydis habitans de Remiremont tonneu vente ne paaige par toute la terre Sainct-Pierre, les censes que on doit à l'Englise, ly ventes et ly aultres debites plusors que on doit à ladicte Englise paiier, ensi côme anciennement ont ay accoustumey, c'est ascavoir que ly vente et ly pois de Remi-

remont sont à l'abbasse et au chapitre. Si y prent le chapitre les trois parts et li abbasse le quart, et sy y prent le chapitre sans abbasse à feste Saint-Benoit, chacune prébende ung copel de sal et chacune prébende quinze harens, et le grand Jeudy (*Jeudi saint*) vingt quartes froment pour le pain des passetz et à la magdeleine une quarte froment pour le gastel qu'on doit aux dames, et à l'an nuef xx quartes froment, aux bordes (dimanche des *bures*, 1er de carême) aultres xx quartes pour les pains des paillions. *Item*, au sourier de l'Eglise xxviij fr. iij deniers monis à Noël, et à la cuisine M. le Duc quant il vient à Remiremont une quarte de sal se il vient pour porter les corps saincts et non aultrement. Et quant li chapitre a prins toutes droictures des Inquis en avant quanque on peult monter la vente, se y doit estre li abbasse le quart et chapitre les trois partz et si doit estre li vente admoisonner (*adjugée*) par commung accord d'abbasse et de chapitre. Et tottes ces choses ottroyées et requis ly dessusdis, maires, eschevins, petit eschevin, doyens, monoyers, bourgeois et habitans ont cognui et veullent, cognoissent et veullent estre obligies et tenuz assevir et accomplir et à chacune d'icelle. Et ai ceu se obligent lout et lours hoirs singuleirement et cômunément toutes ensembles et une chascune d'icelle. Et ont promis et promettent ly dessubzdictz pour lour foy et serremens dôney corporellement par eux, leurs hoirs et successours en la main de nous tabellions et notaire dessus escrips, et sur l'obligation de tous lôr biens, mobles et nonmeuble présent et advenir, et par espécial de xl marcs de sui argent lou marc enpris de vj florins laquel poine il encourrient et encourre veullent touttefois et quantes fois qui il virient (*changer*) ou ferient venir coyement ou en appert au contraire des choses dessudictes, ou de aulcune d'icelle, par menière de commu-

naltey desdis habitans ou d'aultre partie de ladicte ville, laquel sôme il serient tenuz de paiiez et satisfaire ausdictes Dames ou à lour cômandement dedenz un mois après ce quil en serient requis par elles, ou lour comandement, et se dedenz lou terme dessusdictes n'estoit accomplir si côme dessus est dit, ly dessusdit, et especialement ly singulier de ladicte communaltey encourrient et voulrient encourre la sentence d'excommuniement et lidicte communaltei la sentence de entredit jusques a tant qu'ilz auerient faict plaine satisfaction de la poine dessusdicte, et de tous frais et damaige, etc. Et ladicte poine payée toutes les choses dessusdictes demourient en lour force et vertus, sy côme dessus est dit. Et ont renuncie par ces présentes lettres à tous appeilz, plais, controversions que de ces choses pourient movoir. Et ont voului que ladicte poine se puisse demander de droit si côme de choses adiugée toutefois qu'ilz virient au contraire des choses dessusdictes, ou aulcune d'icelle, il veullent et obligent que ly singuliers chascun enchiesse (*tombent*) en la poine de lx solz de toullois, touttes foys et quante foys ilz ferient rebellion, et que ou leiz eu peut contraindre sy côme dessus est dict. Et nientmoings que ces présentes lettres soient toutjours en leur vertus fermes et estauble et ont renuns et renûs lydiz justice, monoyer, bourgeois et habitans dessusdis quant à ceu par leur foy et sairement, à tout exception de deception de contraire, de circonvention, de lesion, etc., à tous privilaiges de graices, empetreis et ai empetreir de Emperours, de roys, de principes et de tous droits escrips et non escript, à toute liberté de ville fermée en tant côme ilz pourroient faire en tout ou en partie, contre les choses dessusdictes, ordenances et contre les dictes Dominations et seignourie, et les droitz appartenant auldictes Dames

et personnes de ladicte Englise de Remiremont. Et quant a tenir, warder et accomplir toutes les choses dessudictes et une chacune d'icelle, se sont sulmis lydis justice, etc., en la juridiction et condamnation de la court de la chambre l'auditoire notre saint Père le pape, de l'official de la court de Toul et de la puissance de très-haut et puissant prince M. le Duc de Lorraine et march, et de tous aultres Seignours espirituelz et temporelz que on voulroit eslire a aus contraire. En témoignage de laquelle chose.....

V

Document concernant la juridiction à Remiremont.

20 AOUT 1692 (1).

Les maire, grand-eschevin, jurez et élus de Remiremont administrant la justice et police, assemblez en auditoire de ville, certiffient à tous qu'il appartiendra que, *selon l'usage ancien et encore présentement observé*, madame l'abbesse, au buffet de sa chambre abbatiale, *a le dernier ressort de toutes les causes qui se jugent dans la ville de Remiremont, sénéchaussée et tous les bans des seigneuries qui dépendent de l'Eglise ;* que ces causes se réduisent à quatre espèces ; — les premières entre habitant et habitant de la ville de Remiremont qui se jugent en première instance par les grand-eschevin et jurez de la ville, par appel au ressort de madame la doyenne, et dudit ressort au buffet de la chambre abbatiale, où madame l'abbesse juge ces causes, assistée des conseillers de sa chambre abbatiale. — La seconde espèce de causes est entre habitant ou forain contre les officiers de la ville, et cette espèce de causes est portée directement au buffet de

(1) Extrait des Archives communales de Remiremont.

madame l'abbesse où elle est assistée du lieutenant du sieur grand prévost. — *La troisième espèce est des causes qui viennent des cinquante-deux bans de seigneuries, autres que ceux de la sénéchaussée* (1), *et ces causes sont jugées par les maire et officiers desdites seigneuries en première instance sur les lieux, par appel elles doivent venir par devant lesdits grand-eschevin et jurez de Remiremont, et par plainte desdits officiers au buffet de la chambre abbatiale, où madame l'abbesse les juge, assistée du lieutenant du sieur grand prévost.* — La quatrième espèce de cause, est de celles qui viennent des bans des seigneuries qui composent la séneschaussée, lesquelles sont jugées en première instance sur les lieux, et par appel doivent venir au buffet de madame l'abbesse qui les juge assistée d'un juré de ladite ville de Remiremont, qui fait rapport du procès et prononce la sentence. — En foi de quoy, nous avons signé les présentes cachetées du cachet de ladite ville, armoyé des deux clefs Sainct-Pierre ; fait audit auditoire le *vingtiesme août mil six cent quatre-vingt-douze.*

Signé : Clément, maire, J. Martin, P. Oliva, Remy, Folyot, Jolly, Rognier et R. Maljean, greffier.

Scellé du sceau de la ville, sur cire vermeille.

(1) La sénéchaussée de Remiremont comprenait les lieux suivants : Val d'Ajol, Gugney-aux-Aulx, Gorhey, Champdray, Rehaupal, Gripport, Saucourt, Œilleville, Juvaincourt, Celles, Pont, et dépendances de ces lieux.

PROJET

D'UN CODE DE PROCÉDURE CIVILE POUR LA BELGIQUE.

Le Code de procédure civile français promulgué en 1806 et resté presque complétement en vigueur dans le royaume de Belgique, s'y trouve dans ce moment soumis à un remarquable travail de révision bien digne d'exciter un grand intérêt, soit en France, soit dans tous les pays dont la législation se rapproche plus ou moins des codes du premier empire. Une commission instituée à ces fins par arrêté royal du 23 juillet 1866 vient, après y avoir consacré soixante-cinq séances, de terminer la partie la plus importante de son travail, celle qui se rapporte à la procédure contentieuse proprement dite.

Ce projet partiel se divise en quatre livres, suivis de quelques dispositions générales destinées à être placées à la fin du travail quand il sera complet.

Ces livres sont intitulés et subdivisés de la manière suivante :

LIVRE PRÉLIMINAIRE

TITRE Ier

De la compétence en matière contentieuse

CHAPITRE I. De la compétence d'attribution.
— II. De la compétence territoriale.

TITRE II.

Des moyens de prévenir et d'éteindre les procès.

HAPITRE I. Des compromis.
— II. De la conciliation.

LIVRE I.

Procédure ordinaire en première instance.

TITRE I.

Des exploits en général et des assignations.

HAPITRE I. Des exploits en général.
— II. Des assignations.

TITRE II.

e l'introduction des causes en justice, de la comparution et de la défense des parties.

HAPITRE I. Introduction et distribution des causes.
— II. Comparution et défense des parties.

TITRE III.

Du défaut de comparution.

TITRE IV.

Des exceptions.

HAPITRE I. Des exceptions déclinatoires.
— II. Des exceptions de nullité.
— III. Des exceptions dilatoires.

TITRE V.

Des incidents.

CHAPITRE I. Des demandes incidentes en génér
— II. Des demandes en garantie.
— III. Des demandes reconventionnelles.
— IV. De l'intervention.
— V. Des interruptions et reprises d'inst
— VI. De la péremption.
— VII. Du désistement.

TITRE VI.

De l'instruction.

CHAPITRE I. Des jugements d'instruction en gén
— II. De l'interrogatoire des parties.
— III. De la délation de serment.
— IV. Des enquêtes.
— V. Des expertises.
— VI. Des descentes sur les lieux.
— VII. De la vérification des écritures.
— VIII. Du faux incident civil.

TITRE VII.

De la communication au ministère public.

TITRE VIII.

Des jugements définitifs.

TITRE IX.

Dispositions accessoires des jugements.

CHAPITRE I. Des dépens.
— II. Des délais de grâce.

CHAPITRE III. De la liquidation des fruits et dommages-intérêts.
— IV. Des réceptions de cautions.
— V. Des redditions de comptes.

LIVRE II.

Dispositions spéciales à quelques juridictions du premier degré.

TITRE I.

Procédure devant le juge de paix.

TITRE II.

Procédure d'une matière commerciale.

TITRE III.

Procédure en référé.

LIVRE III.

Des voies de recours contre les jugements et contre les juges.

TITRE I.

De l'appel.

CHAPITRE I. Des cas où l'appel peut avoir lieu ; forme et délai de l'appel.
— II. Exécution provisoire des jugements.
— III. Procédure à suivre sur appel.

TITRE II.

De la révision des jugements.

TITRE III.

Des recours en cassation.

CHAPITRE I. Du pourvoi et de ses effets.
— II. De la procédure à suivre sur le pourvoi.
— III. Des arrêts et de leurs suites.

TITRE IV.

De la récusation.

TITRE V.

Des réglements de juges.

TITRE VI.

Des demandes en renvoi.

TITRE VII.

De la prise à partie.

La table des matières annonce deux nouveaux livres : l'un, sur l'exécution forcée des jugements et des actes; l'autre, sur des procédures diverses.

Les dispositions générales dont nous avons parlé plus haut se rapportent aux nullités et autres peines en matière de procédure, à la computation des délais, aux surcharges, interlignes et radiations.

Ce projet est suivi d'un remarquable exposé des motifs, dû au talent de M. Albéric Allard, professeur de droit civil moderne et de procédure civile à l'Université de Gand, œuvre considérable où se révèle une étude consciencieuse du sujet, et qui, portant les traces d'une grande érudition, et soulevant une foule de questions intéressantes, présente sur ces matières un véritable traité d'un intérêt général, tout en tenant largement compte de l'état actuel de la législation belge.

Bien des changements qu'il s'agit d'introduire actuellement en Belgique, sont dès longtemps consacrés par la législation genevoise, dont notre ancien maître, M. le professeur Bellot, fut un des premiers auteurs, et qui, comme le projet en question, simplifie considérablement la procédure. Nous avons expérimenté une grande partie des

dispositions proposées. Cela pourra peut-être nous servir d'excuse auprès des lecteurs.

La nature des choses et le désir d'être utile nous conduiront nécessairement à relever ce qui nous paraîtra douteux, plus qu'à louer ce qui nous en paraîtra digne ; cela ne doit diminuer en rien l'expression de la profonde estime que nous inspire le beau travail dont il s'agit.

Le but que les rédacteurs se sont efforcés d'atteindre se révèle bien clairement dans ces paroles qui terminent le rapport : Tels sont les principaux motifs des dispositions arrêtées jusqu'ici par la commission. Elle va s'occuper mmédiatement de la rédaction et de la discussion des livres 4 et 5 ; et elle aura ainsi contribué à doter la Belgique d'un code de procédure civile qui s'efforcera d'être à la hauteur de la science moderne, et qui, sans rien sacrifier de la sécurité des plaideurs, introduira la célérité et l'économie dans tous les rouages de l'administration de la justice.

Le titre 1er du livre préliminaire déclare que les règles de compétence sont d'ordre public, sauf les exceptions consacrées par des dispositions spéciales ; de graves changements sont proposés quant aux diverses juridictions. Les juges de paix prononceront en dernier ressort sur toutes les contestations mobilières ou immobilières ne dépassant pas la valeur de 300 francs ; ils ne connaissent cependant pas de l'exécution de leurs jugements, sauf certains cas de saisie-gagerie pour loyers ou fermages.

Il leur est de plus accordé une compétence en premier ressort pour certaines contestations d'une valeur supérieure à celle qui est indiquée ci-dessus ; telles sont diverses difficultés naissant du contrat de louage ou de réclamations de dommages-intérêts pour dégâts, injures ou violences légères, les vices rédhibitoires, les

actions possessoires, le bornage des propriétés, et les servitudes légales ou dérivant de la situation des lieux, quand il ne s'élève de contestations ni sur la servitude ni sur la propriété. L'action en réintégrande dont la conservation pouvait paraître plus ou moins douteuse en France a été textuellement supprimée. Bien des doutes peuvent s'élever sur le mérite de l'innovation. Cette action, justifiée par une atteinte portée à la personnalité, ne doit pas être soumise aux mêmes conditions que la complainte, qui, dans notre droit moderne, semble dériver d'une présomption de propriété.

Les tribunaux de première instance connaissent de toutes matières autres que celles qui sont attribuées aux juges de paix, aux tribunaux de commerce et aux conseils de prud'hommes; ils connaissent même de ces trois dernières catégories si le défendeur n'a pas excipé d'incompétence dans ses premières conclusions.

Ils statuent en dernier ressort sur les causes dont les juges de paix connaissent en première instance, et cela même dans les cas où ils en ont été saisis directement.

Ils ordonnent l'exécution des décisions émanées de juges étrangers, en matière civile ou commerciale, à condition seulement que ces décisions soient dûment constatées et passées en force de chose jugée dans le pays où elles ont été rendues : disposition chevaleresque, en ce qu'elle n'exige ni traité ni réciprocité.

Le président du tribunal de première instance statue provisoirement par voie de référé sur les contestations présentant de l'urgence. Les tribunaux de commerce ne doivent pas connaître des actes qui ne sont commerciaux qu'à l'égard de l'une des parties seulement : disposition qui a l'avantage de rendre la compétence moins arbitraire et moins aléatoire.

Peut-être aurait-on dû s'expliquer clairement sur l'admissibilité de la preuve testimoniale en pareil cas.

Peut-être aussi aurait-il fallu prévoir le cas où il y a plus de deux parties en cause.

Le taux du dernier ressort est fixé à 2,500 francs, et diverses règles sont admises dans le but de prévenir ou de terminer promptement les contestations qui pourraient s'élever sur l'importance pécuniaire des procès.

Ces règles paraissent généralement convenables; il en est cependant au sujet desquelles il peut y avoir du doute.

La demande reconventionnelle ne devrait-elle pas, dans le système du projet, s'ajouter à la demande principale, dans les cas où elle émane de la même cause?

Comment s'appliquera l'article 31, qui estime une servitude au quart du fonds servant?

Est-ce tout le domaine ou seulement une parcelle ou seulement la place sur laquelle s'exerce la servitude qu'il faudra prendre en considération? Cette place sera-t-elle bien facile à déterminer? La valeur d'une servitude pour le fond dominant ne dépasse-t-elle pas d'ailleurs bien souvent celle du fonds servant, par exemple quand toutes les fenêtres d'une maison s'ouvrent sur une pièce de terre sans importance appartenant au voisin? Si le litige ne soulève pas le même intérêt pour les deux parties, n'est-ce pas la valeur la plus forte qui doit servir de base à la compétence?

Les règles proposées pour la compétence territoriale paraissent généralement d'accord avec les idées consacrées en pareille matière.

Peut-être pourrait-on élever des doutes sur la faculté d'assigner devant le juge du lieu où l'obligation est née

laquelle est accordée tant en matière civile qu'en matière commerciale : n'y a-t-il pas là quelque dureté peu justifiable en matière civile?

Le titre 2 du livre I expose les règles du compromis et de la conciliation.

La juridiction arbitrale est considérablement modifiée.

Il est défendu de faire un compromis sur des contestations futures.

Cet acte doit, à peine de nullité, désigner l'objet du litige, les noms des arbitres et le tribunal de première instance au greffe duquel la minute de la sentence doit être déposée.

Les arbitres sont nommés de suite en nombre impair. Ils ne sont astreints à aucune forme de procédure; ils statuent comme amiables compositeurs et leur sentence n'est sujette à aucun recours, sauf dans certains cas spécialement énumérés.

La conciliation n'est plus obligatoire que dans certains cas, savoir :

1° Dans les causes de la compétence des juges de paix, disposition basée sur l'influence probable du magistrat local et sur la facilité de la comparution sans grand déplacement ;

2° Dans les contestations élevées entre certains parents ou alliés.

Sont exceptés les cas où il y aurait péril en la demeure et, lorsqu'il s'agit des juges de paix, les cas où les parties ne sont pas toutes domiciliées dans le même canton ou dans la même ville.

Les tribunaux restent d'ailleurs complétement libres de tenter une conciliation quand ils l'estiment convenable.

Le livre I traitant de la procédure ordinaire en pre-

mière instance devait s'occuper avant tout de citations et occasionnellement des exploits d'huissier en général.

C'est là un sujet de menus détails sur lequel nous ne devons pas nous arrêter; nous ne relèverons que deux dispositions qui paraissent d'une convenance douteuse.

1° L'art. 13 porte que les exploits concernant des personnes établies à l'étranger leur seront adressés par lettre que l'huissier recommandera à la poste. La remise de la copie au ministère public, chargé de la faire parvenir, ne présente-t-elle pas bien plus de garanties?

2° Ne conviendrait-il pas de charger dans tous les cas le président du tribunal de fixer d'après les circonstances les délais de comparution pour les personnes domiciliées à l'étranger?

Les parties ont le droit de comparaître en personnes et de se défendre elles-mêmes à moins que le tribunal n'en ait ordonné autrement.

Les comparutions personnelles, les prestations de serment et les enquêtes ont lieu en audience publique.

Le changement le plus considérable qui soit proposé dans ce livre consiste dans la suppression des avoués aux fonctions desquels les avocats devront succéder.

Cette résolution, est-il dit, page 26 du rapport, a été prise à l'unanimité, après une étude approfondie et une mûre délibération.

Nous ne pouvons cependant nous empêcher de conserver des doutes sur la convenance de cette transformation que notre législation genevoise a consacrée dès l'année 1834.

Il y a des vocations qui échappent aux règles ordinaires de la concurrence et qui ont besoin de conserver une certaine indépendance et une certaine autorité que le trop grand nombre des compétiteurs tend à faire disparaître.

Notre expérience personnelle nous a démontré combien il est difficile de conserver au milieu des tracasseries, des soucis et des préoccupations qu'impose le matériel d'un office de procédure, le temps et la tranquillité d'esprit nécessaires pour continuer des études sérieuses : on a tout au plus le temps de pourvoir à la hâte aux besoins de chaque jour.

L'exemple plusieurs fois cité de la Cour de cassation française où il n'y a pas d'avoués nous paraît bien peu concluant parce que les causes y arrivent tout instruites et qu'il ne s'y agit que de questions de droit.

Un autre changement nous paraît d'une opportunité plus ou moins contestable : c'est celui qui consiste à supprimer la faculté de former opposition à un jugement rendu par défaut. Nous savons qu'on abuse bien souvent du défaut pour gagner du temps, mais la disposition proposée ne pare pas complétement à ce danger puisqu'elle ordonne une nouvelle assignation, ce qui aura l'inconvénient de retarder dans tous les cas la prononciation du jugement à intervenir. Il est vrai que pour donner défaut le tribunal devra s'assurer que les conclusions sont justes et bien vérifiées, mais peut-on faire une vérification sérieuse sans débat contradictoire ? Que fera-t-on en l'absence de toute preuve ? Ne faudrait-il pas tout au moins autoriser un recours dans le cas où le défaillant justifierait d'un empêchement légitime?

Les chapitres intitulés de la vérification des écritures et du faux incident civil, bien que ne se trouvant pas placés au titre des incidents, semblent indiquer cependant que ces procédures ne peuvent avoir lieu que dans un procès déjà pendant. Il résulte du rapport que l'intention des rédacteurs a été de supprimer l'action principale en reconnaissance d'écriture sous seing privé que supposait

l'art. 2123 du Code civil et la loi du 3 septembre 1807, et que consacre l'art. 193 du code de 1806; il faut en conclure que ce ne sera jamais qu'incidemment que l'on pourra recourir à ces deux procédures. Ne peut-il pas se présenter des cas où il conviendrait d'agir devant le tribunal civil par voie d'action principale pour ne pas voir divers moyens de preuve disparaître avant qu'il soit fait usage de titre?

L'action pénale souvent impossible ne peut pas toujours parer à ce danger.

Nous terminerons par une observation se rapportant aux jugements définitifs :

Le projet ne dit pas comment les questions doivent être posées aux juges et sur quels points doit être recueillie la majorité. L'art. 6 porte seulement que l'expédition du jugement contiendra les motifs et le dispositif; il paraît en résulter que les questions pourront et même devront être posées en bloc telles qu'elles résultent des conclusions des parties.

Nous croyons que chaque question judiciaire se décompose nécessairement en un certain nombre d'éléments sur chacun desquels il doit y avoir majorité; c'est ce que MM. Bellot et de Savigny nous paraissent avoir mis hors de doute et ce que l'art. 107 de la loi de procédure genevoise admet expressément en exigeant que la rédaction du jugement contienne les questions de fait et de droit posées par les juges, la décision sur chacune d'elles et les motifs (1).

Les questions intermédiaires se distinguent des motifs

(1) Voir sur cette question : Discours de M. Adrien Duport dans l'Assemblée Constituante de 1790.

Bellot, *Lois de procédure genevoise*, 3e édition de 1870, p. 45. Savigny, *Système*, t. VI, § 280 et suivants. Boncenne, t. II, p. 402.

en ce quelles constituent les éléments nécessaires à la solution, qu'elles ne peuvent pas ne pas être posées si l'on veut procéder logiquement, tandis que les motifs sont plus ou moins personnels et sont loin de se présenter toujours les mêmes dans les contestations tendant aux mêmes fins.

Telles sont les réflexions qui nous ont été suggérées par l'important document que nous avons annoncé. Nous ne pourrions entrer dans la discussion des détails sans dépasser les limites que nous devons nous imposer. Ce que nous avons dit nous paraît suffisant pour faire comprendre toute l'importance de cette œuvre remarquable.

Charles BROCHER,
Professeur à Genève.

BIBLIOGRAPHIE.

PRÉCIS DE L'ASSURANCE SUR LA VIE, par Alfred DE COURCY, administrateur de la Compagnie d'assurances générales.

Bien que ce petit livre, qui vient de paraître à la *Librairie des Assurances*, 48, rue Laffitte, ne soit écrit ni dans les proportions ni dans le style d'un ouvrage juridique, nous croyons cependant qu'il est de nature à mériter l'attention des jurisconsultes qui s'occupent de cette matière de l'*assurance sur la vie*, parce qu'il est intéressant de voir comment un homme essentiellement pratique, qui a l'expérience de l'institution comme personne en France, juge les questions de droit auxquelles elle a donné naissance devant nos Cours et Tribunaux.

Le nom de M. Alfred de Courcy est assez connu, et il nous suffit de rappeler à nos lecteurs son *Essai sur les Lois du hasard*, sa traduction de la *Théorie des annuités viagères et des assurances sur la vie* par François Baily, et sa petite brochure intitulée : « *Le Domaine patrimonial et les Assurances sur la vie*, pour leur faire comprendre quelle autorité le nouvel ouvrage qu'il fait paraître aujourd'hui emprunte à la personne de son auteur. »

La cause de l'*assurance sur la vie* est désormais gagnée en France, et M. de Courcy, dans son *Précis*, se propose moins de plaider en faveur d'une institution qui marche aujourd'hui toute seule, que de modérer l'ardeur de certains de ses partisans qui, emportés par la passion, ont dépassé toute limite et ne se sont pas aperçus qu'en

exagérant la vérité, ils couraient le risque de tomber dans l'erreur. Il s'est, en effet, trouvé des personnes qui ont eu la prétention de présenter l'*assurance sur la vie* comme un remède à tous les maux, comme une panacée universelle, convenant également bien à toutes les conditions et redressant tous les torts de la société ! M. de Courcy, lui, ne se laisse pas enivrer par la victoire : il examine, il pèse, il considère, et arrive à cette conclusion que, dans certaines situations, il est absolument inutile de se faire assurer. Cette déclaration rassure tout d'abord le lecteur, et dès lors on s'aperçoit que l'ouvrage tout entier n'est pas une réclame de directeur de compagnie, mais bien le résultat de convictions acquises par une longue expérience et le fruit d'une étude de tous les jours.

Avec ce désintéressement complet, uni à la connaissance approfondie de la pratique, M. de Courcy devait aborder sans crainte l'examen des questions de droit soulevées par la théorie des *assurances sur la vie*, sans se laisser effrayer par ce qu'elles pouvaient présenter d'aride pour quelqu'un qui n'est pas jurisconsulte de profession : c'est ce qu'il a fait, et, bien que cette partie de son ouvrage ne semble pas y occuper, dans l'esprit de son auteur, la place principale, ce n'en est pas le moins intéressant, et pour nous, qui nous adressons à des hommes de loi, c'est tout ce que nous voulons en retenir.

Après avoir défini l'*assurance sur la vie* « un contrat, par lequel une Compagnie s'oblige à payer, lorsque surviendra le décès du contractant, un capital déterminé, » M. de Courcy déclare qu'à ses yeux l'opération n'est autre chose qu'un contrat d'indemnité, et il développe sa pensée en des termes que nous demandons à nos lecteurs la permission de mettre sous leurs yeux :

« Pour qu'une telle convention ne soit pas un pari,

pour qu'elle ait bien les caractères d'une assurance, il faut que son objet soit la réparation d'un préjudice accidentellement éprouvé, et d'un préjudice appréciable à prix d'argent, puisqu'elle ne peut promettre que de l'argent... Mais, au premier abord, on n'aperçoit pas ce préjudice d'argent aussi clairement que s'il s'agit d'une récolte saccagée, d'une maison en flammes ou d'un navire englouti, et les esprits inattentifs demandent en quoi il consiste. C'était l'erreur des anciens jurisconsultes ; la vie est hors de prix, disaient-ils. La vie a si bien un prix que tous les jours les tribunaux l'estiment à prix d'argent en allouant des dommages-intérêts à la suite d'une mort accidentelle, aux enfants ou à la veuve de la victime. Ils évaluent le préjudice d'argent que fait éprouver la disparition violente du chef de la famille ; non moins impuissants que l'institution des assurances à procurer d'autres réparations ou d'autres consolations et à guérir les blessures du cœur, ils prononcent contre les auteurs de l'accident et les entreprises qui en sont responsables, des condamnations. En présence de ces décisions journalières de la justice, l'erreur des jurisconsultes semble peu excusable. » Et plus loin M. de Courcy insiste de nouveau sur cette idée. « Il faut encore, dit-il, à la page 151, que j'en revienne au grand principe tant de fois proclamé, que l'assurance est un contrat d'indemnité. Essentiellement morale et bienfaisante lorsqu'elle a pour objet la réparation d'un préjudice, de *damno vitando*, comme dit la formule latine, elle ne mérite plus aucun encouragement lorsqu'elle est une spéculation qui doit procurer un lucre, *de lucro captando*. »

L'auteur nous paraît être sur ce point dans les saines doctrines, soit que l'on considère la question au point de vue de la raison pure, soit même qu'on l'étudie au point

de vue du droit positif. Je sais bien que, parmi les partisans de l'*assurance sur la vie*, plusieurs des plus savants et des plus expérimentés, géomètres profonds et statisticiens consommés, sont d'un avis contraire et pensent que cette opération n'est autre chose qu'une opération financière et aléatoire comme une autre, que c'est en restreindre l'horizon que de vouloir le borner au cercle étroit de la famille, et qu'il faut se débarrasser de cette idée, surannée selon eux, qui consiste à faire de cette institution un simple contrat d'indemnité ! Pour eux, M. de Courcy *a vieilli* (M. Francisque Sarcey employait récemment encore cette expression en parlant de notre auteur); pour eux, l'*assurance sur la vie* est un instrument de crédit universel, et la conséquence qu'ils en tirent, c'est qu'on peut en user avec avantage dans toutes les circonstances de la vie, sans distinction : pour eux, une assurance souscrite par toute personne quelconque, au profit de qui que ce soit, est valable ; il n'y a pas à s'inquiéter de savoir si celui qui stipule a ou n'a pas d'intérêt à la conservation de la vie qui fait l'objet du contrat ! — Ce qu'il y a de plus grave, c'est que ce ne sont pas seulement des publicistes de grand talent qui font ainsi fausse route; mais nos magistrats eux-mêmes, qui devraient pourtant donner l'exemple de la circonspection, se laissent entraîner à dénaturer ainsi une institution si morale en réalité et à consacrer dans leurs arrêts une doctrine qui n'a pas seulement pour résultat de transformer l'*assurance sur la vie* en un contrat suspect, en un jeu indigne de toute faveur, mais dont les conséquences font trembler, pour peu qu'on ait encore dans la mémoire le souvenir de ces deux noms : *La Pommerais* et *Swennson!* Restons donc avec M. de Courcy dans la juste mesure, et disons, au risque de nous entendre dire que nous ne sommes pas

au courant des idées du jour, que, pour nous, l'assurance sur la vie ne peut trouver sa place que là où il y a un intérêt assurable, en d'autres termes que c'est un contrat d'indemnité!

Mais le principe une fois admis, il pourra y avoir des difficultés sur les limites de l'application qu'il en faudra faire : suffira-t-il qu'il y ait eu *ab initio*, c'est-à-dire à l'origine du contrat un intérêt assurable? ou faudra-t-il que cet intérêt ait continué à subsister jusqu'à la fin, c'est-à dire jusqu'au décès du sujet assuré? Tout le monde connait et M. de Courcy rappelle à ce sujet dans son livre l'exemple fameux du carrossier William Pitt, lequel avait ait assurer pour une partie de sa créance la tête de son débiteur : le Parlement anglais ayant décidé que les dettes du grand homme d'État seraient payées aux frais de la nation, le créancier, après avoir ainsi été désintéressé sur les deniers de l'État, prétendit avoir encore le droit de se faire payer par la Compagnie, *le Pélican*, le montant de l'assurance : mais la justice lui donna tort. Cette décision, qui nous paraît la seule vraie, n'a malheureusement pas longtemps fait loi chez nos voisins d'outre-Manche, et, à l'heure qu'il est, en Angleterre comme en France, la jurisprudence, à tort selon nous, se contente d'un intérêt assurable *ab initio*, bien qu'il n'ait pas persisté jusqu'à la fin!

Toujours dans la même hypothèse d'un créancier qui fait assurer la vie de son débiteur et se trouve, à l'époque du décès, payé soit en totalité soit en partie. M. de Courcy, qui est le premier à proclamer que le créancier ne peut rien recevoir au delà de ce qui lui reste dû, se demande si, du moins, les héritiers du *de cujus* ne pourront prétendre au droit sur l'excédant de la somme assurée : « Ici, dit-il, se présente une grave question que je ne me

souviens pas d'avoir jamais vu traiter, et que la pratique doit cependant avoir souvent posée. » Cette question, j'en demande pardon à M. de Courcy, ce n'est pas seulement la pratique qui l'a posée, les auteurs se la sont posée à eux-mêmes et n'ont pas négligé de la résoudre. Ainsi, J. Bunyon, à la page 244 de son ouvrage intitulé : *A treatise upon the Law of life assurance,* examine longuement l'hypothèse, et nous-même, s'il nous est permis de nous citer, y avons consacré différents passages de notre travail sur les assurances sur la vie (1) (pages 190 et 321). Quoi qu'il en soit, la question est des plus délicates ; mais le critérium nous paraît comme à J. Bunyon n'être autre que celui qui sera fourni dans chaque espèce par l'examen des faits de la cause : si c'est le débiteur, et non le créancier, qui a souscrit l'assurance et payé les primes, ou même si c'est celui-ci, mais qu'il ait porté le compte de ces primes au débit du débiteur, on pourra facilement présumer que, le cas échéant où la dette serait payée par ailleurs, l'excédant de l'assurance reviendrait aux héritiers du débiteur : du reste le taux plus ou moins élevé des primes ne manquerait pas en pareil cas d'être pris en sérieuse considération comme un des éléments les plus précieux d'appréciation. Nous sommes là-dessus encore parfaitement d'accord avec M. de Courcy, et nous ne pensons pas, en conséquence, que le législateur, s'il venait à s'occuper de la matière des assurances sur la vie, dût suivre l'exemple du législateur wurtembourgeois, qui, dans l'article 497 de son Code, déclare qu'il suffira que le sti-

(1) *Des assurances sur la vie dans leur rapport avec les principes du droit civil, du droit commercial et des lois de l'enregistrement,* 1 vol. in-8, prix : 7 fr. Librairie Ernest Thorin, rue de Médicis. Ouvrage couronné par la Faculté de Droit de Paris. Concours de Doctorat, 1re médaille d'or.

pulant ait au moment de la stipulation un intérêt à la conservation de la vie assurée.

Il est un second point sur lequel nous sommes heureux de nous trouver en complet accord avec un publiciste aussi éminent que l'auteur du *Précis de l'assurance sur la vie :* c'est en ce qui concerne la transmissibilité de la police d'assurance par voie d'endossement. M. de Courcy pense que vouloir appliquer à l'assurance sur la vie le mode de transmission réservé aux seuls effets de commerce est à la fois peu conforme et à la raison et à la loi : il entre à cet égard dans d'assez longs développements où nous ne le suivrons pas, bien que la lecture en soit des plus profitables : tout ce que l'on peut dire à ce sujet se réduit à peu près à ce qui a été écrit dès 1854 par Bunyon, dans son ouvrage déjà cité, où il fait observer que faciliter la circulation des polices d'assurance sur la vie, c'est aller directement contre le but de l'institution, qui n'est autre que la création d'un patrimoine et la conservation des biens dans les familles (1). Sur ce point encore, M. de Courcy se montre donc plus jurisconsulte que ceux qui prétendent à ce titre, plus scrupuleux gardien des règles du droit civil que ceux là-même qui sont préposés à leur garde, puisque nos tribunaux ont en différentes occasions reconnu la validité de la transmission des polices opérée absolument en dehors des termes de l'article 1690 du Code civil, c'est-à-dire non seulement le transport, mais l'endossement et même la clause au porteur (2).

(1) « To make policies assignable by endorsement, or nego-
« tiable as bills of exchange or promissory notes, would be an
« extravagant act, uncalled for by the exigencies of commerce,
« and one that would greatly detract from the true value of life
« assurances as family provisions. » *Op. cit.*, p. 390.

(2) Nous exposons et nous combattons assez longuement cette urisprudence dans notre ouvrage déjà cité : *Des Assurances sur la*

La partie non juridique de l'ouvrage de M. de Courcy n'est pas la moins intéressante : il passe en revue les différentes combinaisons de l'assurance sur la vie en même temps que les différents modes de constitution des sociétés, et indique au père de famille ceux auxquels il croit pouvoir lui conseiller de donner sa préférence, mais cela avec la plus entière réserve. Il fait ressortir sans emphase les mérites de l'institution dont il a été un des premiers défenseurs en France, et moitié riant, moitié sérieux, nous déclare que l'assurance sur la vie, si elle n'a pas pour résultat de prolonger les jours de l'assuré, n'a pas non plus l'inconvénient d'en abréger le terme (1); il nous montre que, si le riche propriétaire foncier, qui ne gagne rien par son travail, ne trouve en général aucun avantage à se faire assurer, celui-là au contraire qui, n'ayant pas de patrimoine, exerce une profession lucrative a tout intérêt à perpétuer dans sa famille cette aisance, qui, sans l'assurance sur la vie, disparaîtrait avec lui; enfin il reconnaît qu'il ne sera jamais prudent de consacrer tout l'excédant de nos revenus à contracter une assurance sur la vie, mais qu'il voudra mieux diviser nos économies et joindre, dans une proportion qu'il nous indique, l'épargne pure et simple à l'assurance !

En résumé le livre de M. de Courcy est un bon livre;

vie, sous cette rubrique : « *L'assurance sur la vie est-elle susceptible de se prêter aux modes de transmission des effets de commerce?* » Voir p. 234 et suiv., et plus loin, p. 322 et 323.

(1) Ceux qui doutent qu'on ait jamais pu adresser à l'assurance sur la vie d'aussi absurdes reproches, n'ont qu'à se reporter à une petite brochure du Dr August Wiegand, directeur de l'*Iduna*, intitulée : « *Die Lebensversicherung* » (Halle, 1867 chez Pfeffer), dans laquelle l'auteur croit utile de réfuter un préjugé très-répandu en Allemagne et consistant à croire que celui qui se fait assurer pèche par manque de confiance dans la divine Providence. Voir chap. 17 : *Ist die Lebensversicherung teufelswerk?*

c'est un livre bien écrit et c'est un livre consciencieux, où l'auteur n'a pas craint de séparer l'ivraie du bon grain : nous croyons que par cet acte, qui demande un certain courage chez un directeur de Compagnie, il n'aura pas peu contribué à mettre au-dessus de toute controverse le triomphe définitif de l'institution qu'il défend : désormais il n'y aura plus d'équivoque; quand on parlera de l'assurance sur la vie, on entendra par là l'acte du père de famille qui, en dehors de toute idée de spéculation, fait avec une compagnie d'assurances le plus élémentaire des contrats d'indemnité; quand on en conseillera l'usage, on entendra l'usage sous les conditions et dans les limites indiquées plus haut, c'est-à-dire avec opportunité et mesure. Ainsi comprise, ainsi pratiquée, l'assurance sur la vie ne peut plus avoir d'adversaires, et il n'est pas un homme de bonne foi qui ne consentirait à signer des deux mains les paroles suivantes que j'extrais d'un précédent ouvrage de M. de Courcy (1) : « Ce contrat est noble et touchant; il est honorable pour l'humanité, il m'inspire un véritable respect, et je serai porté à estimer profondément le caractère d'une classe ou d'une nation dans les mœurs de laquelle il aura pénétré ! »

L.-A. DE MONTLUC,
Avocat à la cour de Paris.

(1) *Essai sur les lois du hasard*, p. 143.

L'espace nous manque pour faire connaître les ouvrages suivants. Nous nous contentons d'en indiquer les titres en attendant que nous puissions y revenir :

ENCYCLOPÉDIE DE LA SCIENCE DU DROIT disposée par ordre systématique et alphabétique, par une réunion de jurisconsultes, sous la direction de M. Franz von HOLTZENDORFF, professeur à l'Université de Berlin. Le premier volume, contenant la partie systématique, a paru à Leipzig en 1870; le second est en cours de publication.

COUTUMES SUR LA HAUTE-ALSACE, dites de Ferrette, publiées pour la première fois avec introduction, traduction en français et notes, par M. Ed. BONVALOT, conseiller à la Cour de Colmar; Colmar et Paris, 1 vol. in-8, 1870.

RECHERCHES SUR L'ÉCONOMIE POLITIQUE DE L'ÉGYPTE sous les Lagides, par Giacomo LUMBROSO, docteur en droit, mémoire couronné par l'Académie des inscriptions et belles-lettres (juillet 1869). 1 vol. in-8, Turin, 1870.

LA GUERRE DE 1870 et la neutralité de la Belgique, de la Hollande, du Luxembourg, de la Suisse, l'Autriche, l'Italie et l'Angleterre, comprenant la jurisprudence du droit des gens, depuis les temps les plus reculés jusqu'à nos jours, sur les réfugiés militaires et les biens des belligérants en territoire neutre, sur l'industrie, le commerce et la sûreté des biens des neutres pendant la guerre, par Siegfried WEISS, docteur en droit; Bruxelles et Paris, brochure in-8.

Paris. — Typ. A. Parent, rue Monsieur-le-Prince, 31.

LE CONTRAT DE VENTE

A ATHÈNES.

Aristote, après avoir divisé les obligations en obligations qui dérivent des contrats, συναλλάγματα ἑκούσια, et en obligations qui dérivent de toute autre cause, notamment des délits, συναλλάγματα ἀκούσια, cite, comme exemples de contrats, la vente, l'achat, le prêt de consommation, le cautionnement, le prêt à usage, le dépôt et le louage : πρᾶσις, ὠνή, δανεισμός, ἐγγύη, χρῆσις, παρακαταθήκη, μίσθωσις (1).

Nous avons déjà, dans des mémoires spéciaux, étudié plusieurs de ces contrats. Mais nous avons jusqu'ici laissé de côté le plus important, et nous nous proposons aujourd'hui de combler cette lacune. Le contrat que le philosophe met en première ligne, sous les noms de πρᾶσις et d'ὠνή, noms qu'il nous est impossible de séparer, puisqu'ils désignent deux faits corrélatifs, va donc être l'objet de nos recherches.

Ce qui doit tout d'abord frapper l'observateur le moins attentif, c'est précisément cet emploi de deux termes distincts pour désigner un contrat unique. — Ce mode de désignation se retrouve également dans la législation romaine, non-seulement pour le contrat de vente, mais encore pour le contrat de louage : « Consensu fiunt obli-« gationes in emptionibus venditionibus, locationibus con-« ductionibus.... » (2). Il a pour but, à Athènes comme à Rome, d'indiquer clairement la double physionomie que

(1) Aristote, *Ethica Nicomachea*, v, 2, § 13, Didot, ii, p. 85.
(2) Institutes de Justinien, Pr., *de Consensu obligatione*, iii, 22.

présente le contrat, suivant qu'on se place au point de vue du vendeur ou au point de vue de l'acheteur.

Nous ferons toutefois remarquer, en passant, qu'Aristote échappe au reproche, que l'on a quelquefois adressé aux jurisconsultes romains, d'avoir, contrairement aux règles de la logique, transposé l'ordre naturel des expressions, lorsqu'ils ont mis l'achat avant la vente : « emptio venditio » (1). — Mais Aristote, sur ce point comme sur beaucoup d'autres, était en progrès sur ses contemporains, et Rome n'avait fait que suivre les traditions habituelles des Grecs, qui employaient ordinairement, pour désigner le contrat qui nous occupe, les mots ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις (2).

§ I. — Nature du contrat.

A quel moment le contrat de vente était-il parfait ? A quel moment la propriété était-elle déplacée ? — Voilà deux questions capitales, sur lesquelles plane encore une grande obscurité, et que nous allons essayer d'élucider par des rapprochements avec le droit romain de l'époque classique.

I. — A Rome, le contrat de vente était parfait par le seul accord des consentements des deux parties sur la chose et sur le prix : « Consensu peragitur » (3). La loi n'exigeait l'accomplissement d'aucune formalité. — Ce fut Justinien, qui, le premier, décida que, dans le cas où

(1) Hofmann, *Beitræge zur Geschichte des griechischen und rœmischen Rechts*, Vienne, 1870, p. 61, note 50. — Pour le contrat de louage, « locatio conductio », la même critique ne peut pas être formulée.

(2) Hérodote, I, 153. — Platon, *Sophista*, X, Didot, I, 168, et *Civitas*, VII, Didot, II, 131.

(3) L. 1, § 2, D. *de Contrahenda emptione*, 18, 1.

les parties seraient convenues de rédiger un acte écrit, la vente demeurerait imparfaite jusqu'à la rédaction de cet acte (1). — Mais, dans la pureté du droit civil, dès que les parties avaient, d'un commun accord, déterminé la chose vendue et le prix de la vente, le contrat avait reçu toute sa perfection (2).

En était-il autrement à Athènes? — Sans nous dissimuler les objections sérieuses que notre opinion peut rencontrer, nous croyons cependant que les deux législations étaient identiques. — Nous nous séparons ainsi tout à la fois de M. Hofmann, qui pense que la vente n'était parfaite que lorsqu'il y avait eu dation d'arrhes (3), et de M. Dareste, d'après lequel « les formalités légales prescrites par les lois grecques, pour assurer la publicité de la vente, étaient considérées comme essentielles au contrat, et la propriété n'était transférée, même entre les parties, qu'après leur accomplissement » (4).

Nous ne croyons pas d'abord, malgré l'insistance avec laquelle M. Hofmann revient plusieurs fois sur cette idée (5), que les arrhes aient été exigées pour la perfection du contrat. — Il est vrai que nous lisons dans Théophraste : Κυρία δὲ ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις.... εἰς τὴν παράδοσιν καὶ εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν ὅταν ἀῤῥαβῶνα λάβῃ (6). « La vente est parfaite et le vendeur peut être contraint à faire délivrance et à remettre la chose à l'acheteur, lorsqu'il a

(1) L. 17, C. *de Fide instrumentorum*, 4, 21. — Inst., *de Emptione et venditione*, III, 23, Princ.

(2) L. 8, Pr. D. *de Periculo et commodo rei venditæ*, 18, 6.

(3) « Die Arrha nicht bloss ein Zeichen des perfecten Kaufvertrages, sondern ein formales Erforderniss seiner Perfection war... » Hofmann, *Beitræge*, p. 56.

(4) Dareste, *le Traité des lois de Théophraste*, Paris, 1870, p. 23.

(5) *Beitræge*, p. 47, 56, 60, 106, etc.

(6) Stobée, *Florilegium*, XLIV, 22.

reçu des arrhes. » — Mais il ne s'ensuit pas nécessairement que la vente ne soit jamais parfaite que dans cette hypothèse. Les arrhes, nous le verrons bientôt, étaient, dans le droit attique, un signe et une preuve de l'échange des consentements. Théophraste, voulant exposer les effets de la vente a choisi un cas où l'existence du contrat était clairement démontrée ; il a parlé des arrhes « ut evidentius probari possit convenisse » (1). Mais, si le contrat eût été prouvé d'une autre manière, par une preuve testimoniale ou par une preuve écrite, les conséquences eussent été les mêmes, et l'acheteur aurait pu sans difficulté intenter contre le vendeur l'action *empti* pour obtenir la délivrance de la chose vendue. — Notre conclusion est donc que, si la dation d'arrhes était fréquente ou même habituelle dans la vente à Athènes, elle n'était pas cependant indispensable pour la validité du contrat (2).

Nous nous écartons maintenant de l'opinion de M. Dareste, lorsque nous soutenons que le contrat était parfait indépendamment de l'accomplissement des formalités de publicité requises par le législateur. — Il est vrai que, ici encore, on nous oppose le texte de Théophraste : Κυρία δὲ ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτῆσιν, ὅταν ἡ τιμὴ δοθῇ, καὶ τὰ ἐκ τῶν νόμων ποιήσωσιν, οἷον ἀναγραφὴν ἢ ὅρκον ἢ τοῖς γείτοσι τὸ γιγνόμενον (3). « Le contrat de vente est parfait, quant à l'acquisition de la propriété par l'acheteur, lorsque le prix est payé et que les formalités légales, telles que l'inscription, le serment ou l'appel aux voisins, sont remplies. » — Mais Théophraste, on le voit, met sur la

(1) L. 35, Pr. D. *de Contrahenda emptione*, 18, 1.

(2) Platner, *Process und Klagen bei den Attikern*, II, 340, a dit fort justement : « Zur Bekræftigung des Kaufs, scheint ein Handgeld *üblich* gewesen zu seyn. »

(3) Stobée, *Florilegium*, 44, 22.

même ligne le payement du prix, l'inscription, le serment et l'appel aux voisins. Or, qui pourrait soutenir que le payement du prix est une condition essentielle à la perfection du contrat? Pourquoi donc admettre une solution différente pour les autres circonstances, ἀναγραφή, ὅρκος..., que le philosophe rapproche du payement?

Théophraste veut parler, non pas de la perfection du contrat, mais bien de l'acquisition de la propriété par l'acheteur : εἰς τὴν κτῆσιν. Or, à Rome, l'acheteur ne devenait propriétaire, à l'égard du vendeur, que lorsqu'il avait payé son prix, et cependant la vente était parfaite avant que le payement eût été effectué. Dans notre droit actuel, l'acquéreur ne devient propriétaire à l'égard des tiers que par la transcription, et cependant le contrat, quoique non transcrit, est obligatoire pour les parties. — Théophraste a donc pu dire, sans que son témoignage infirme notre proposition : « Il n'y a translation complète de la propriété, soit à l'égard du vendeur, soit à l'égard des tiers, que lorsque le prix a été payé par l'acheteur, et que les formalités légales, transcription, serment, appel aux voisins, ont été remplies. »

Si le contrat n'était parfait qu'après l'observation de toutes les formalités prescrites par la loi, comment Théophraste pourrait-il admettre, comme il le fait, l'existence d'une action en délivrance contre le vendeur au profit de l'acheteur, dès que le contrat est formé et prouvé par la dation des arrhes?

Sur le premier point, nous reconnaissons donc que, dans le droit attique comme dans le droit romain, le contrat de vente était parfait par le seul échange des consentements (1).

(1) D'une lettre que M. Dareste nous a fait l'honneur de nous

II. — Nous arrivons maintenant à notre seconde question. A quel moment la propriété était-elle déplacée?

La réponse doit varier selon qu'on se place, pour l'examen de cette difficulté, en présence des parties contractantes, ou en présence des tiers. — Nous nous occuperons d'abord des parties contractantes.

A Rome, le contrat de vente, même parfait, ne suffisait pas pour que la propriété de la chose vendue passât de la tête du vendeur sur celle de l'acheteur. Il fallait encore la tradition : « Traditionibus dominia rerum, non nudis « pactis, transferuntur » (1).

M. Hofmann croit que la même règle était en vigueur dans le droit attique : « Das Eigentum geht auf den «Kæufer nicht über, so lange ihm die Sache nicht über«geben ist (2)... Zum Eigentumsübergang sowohl Preis«zahlung als Tradition, (und zwar bei Immobilien eine «feierliche Tradition) notwendig war » (3).

L'opinion de M. Dareste nous semble plus sûre et plus conforme à l'esprit général de la législation d'Athènes, indifférente pour les formes matérielles, et uniquement sou-

écrire lorsque notre mémoire était déjà imprimé, il résulte que nous nous sommes trompé en regardant M. Dareste comme l'un des adversaires de notre opinion. « Je crois comme vous, nous dit-il (9 novembre 1871), que le contrat de vente, à Athènes, est purement consensuel et parfait par le seul consentement; j'ai seulement voulu dire que la propriété n'est transférée, *même entre les parties*, que par l'accomplissement des formalités de publication. » — Notre erreur trouve son excuse dans la proposition suivante qu'on lit à la page 23 du *Traité des lois de Théophraste* et que nous avons prise comme point de départ de notre argumentation : « En droit grec, les formalités légales étaient considérées COMME ESSENTIELLES AU CONTRAT. »

(1) L. 20, C. *de Pactis*, 2, 3.

(2) Hofmann, *Beitræge*, p. 58.

(3) *Eod. loc.*, p. 111.

cieuse de faire respecter la volonté des contractants (1). « A Athènes, comme chez nous aujourd'hui, la propriété était transférée par l'effet des obligations, c'est-à-dire par le seul consentement des parties, sans qu'il fût besoin de tradition » (2).

La difficulté repose presque tout entière sur un passage obscur de Théophraste, dont l'interprétation divise les commentateurs. Voici en quels termes s'exprime le philosophe : Πότερον δὲ ἕως ἂν κομίσηται κύριον εἶναι τοῦ κτήματος; οὕτω γὰρ οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν· ἢ ὥσπερ Χαρώνδας καὶ Πλάτων; οὗτοι γὰρ παραχρῆμα κελεύουσι διδόναι καὶ λαμβάνειν, ἐὰν δέ τις πιστεύσῃ μὴ εἶναι δίκην (3). Théophraste se demande quelle est, législativement, la meilleure des deux solutions, dont l'une, celle qui veut que le contrat soit immédiatement exécuté, a pour elle l'autorité de Charondas et de Platon, et dont l'autre, celle précisément dont le sens est obscur, a été consacrée par la plupart des lois positives.

D'après Heyne, l'opinion admise par la majorité des

(1) Sur le spiritualisme des lois grecques, voir M. Gide, *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 98 et suiv., notamment p. 102.

(2) Dareste, *le Traité des lois de Théophraste*, p. 27. Nous devons dire toutefois que M. Dareste nous paraît aujourd'hui beaucoup moins favorable à l'opinion que nous adoptons. En effet, dans la lettre du 9 novembre 1871, que nous avons déjà citée, et qui rectifie l'interprétation que nous avions donnée à un passage de son commentaire de Théophraste, M. Dareste, tout en reconnaissant que le seul consentement suffit pour qu'il y ait contrat, exige quelque chose de plus pour le déplacement de la propriété, *même entre les parties*. Ce n'est pas, il est vrai, la tradition. C'est l'accomplissement des formalités de publication. Mais alors il n'est plus vrai de dire que, « à Athènes, comme chez nous aujourd'hui, la propriété était transférée par l'effet des obligations, c'est-à-dire par le seul consentement des parties. »

(3) Stobée, *Florilegium*, 44, 22.

législateurs est que le vendeur demeure propriétaire de la chose vendue jusqu'au jour où cette chose est remise à l'acheteur, par conséquent jusqu'à la tradition (1).

M. Hofmann arrive au même résultat, en traduisant ainsi les mots ἕως ἂν κομίσηται : *jusqu'à ce que le contrat ait été entièrement exécuté de part et d'autre ;* en d'autres termes : jusqu'à ce que l'acheteur ait payé son prix, et que le vendeur ait fait délivrance, le vendeur demeure propriétaire : « Bis zur vollstændigen Erfüllung des Ver- « trages, bleibt der Verkæufer Eigentümer der Sache » (2).

Mais l'interprétation la plus accréditée, à laquelle nous adhérons, est beaucoup plus conforme à l'économie générale des textes à la suite desquels se trouve notre fragment. Le philosophe vient de parler du droit que certains peuples accordent à l'acheteur, pour contraindre le vendeur à recevoir le payement du prix, τὴν τιμήν. Puis il ajoute : πότερον δὲ ἕως ἂν κομίσηται..... N'est-il pas juste et naturel de croire qu'il a en vue le payement du prix et non pas la délivrance de la chose ? Voici donc comment nous traduisons le passage entier de Théophraste : « Doit-on dire que, jusqu'au payement du prix, le vendeur conserve la propriété de la chose vendue ? Ou bien, vaut-il mieux suivre l'exemple de Charondas et de Platon, qui, enjoignant à l'acheteur de payer et au vendeur d'exiger le payement au moment même de la convention, refusent toute action au vendeur qui fait crédit et suit la foi de l'acheteur ? » (3).

(1) *Opuscula academica*, t. II, p. 154.

(2) *Beitræge zur Geschichte...*, p. 58. — Cf. p. 86 et 111.

(3) Parmi ceux qui interprètent comme nous venons de le faire le texte de Théophraste, en lisant ἕως ἂν κομίσηται ὁ ἀποδόμενος τὴν τιμὴν κύριον..., nous citerons, outre Casaubon, Hermann, *Lehrbuch der griechischen Privatalterthümer*, 1852, § 65, note 11, M. Büchsenschütz, *Besitz und Erwerb im griechischen Alterthume*, 1869,

La seule objection que l'on puisse nous adresser est que Théophraste a déjà précédemment parlé du maintien de la propriété sur la tête du vendeur jusqu'au payement du prix... ὅταν ἡ τιμὴ δοθῇ... et que le second texte, entendu comme nous le demandons, fait double emploi avec le premier (1). — Mais Théophraste s'exprimait alors d'une façon incidente, sans s'arrêter sur la difficulté. C'est seulement dans le texte qui nous occupe qu'il appe e l'attention critique du législateur sur les solutions diverses entre lesquelles il est permis de choisir.

Notre interprétation, qui d'ailleurs tend à prévaloir, étant admise, l'argument sur lequel M. Hofmann s'appuie, pour soutenir que la tradition était nécessaire, disparaît. Il ne nous reste plus qu'à établir notre opinion.

Aucun texte, parmi tous ceux qui nous ont été conservés, n'est contraire à l'idée que la propriété peut être déplacée par la seule volonté des contractants. Bien loin de là, Aristote présente l'aliénation comme découlant du seul fait de la vente. « On reconnaît, dit-il, qu'une chose est ou n'est pas la propriété d'une personne au signe que voici : est-il au pouvoir de cette personne de l'aliéner? Et lorsque je parle d'aliénation, ἀπαλλοτρίωσις, j'ai en vue la donation et la vente, πρᾶσις » (2). — C'est donc la vente même qui entraîne, comme conséquence, le dépouillement du vendeur, et non pas une formalité postérieure à la vente, telle que la tradition.

Pollux est plus affirmatif encore : Ἡ τῆς ἐξούλης δίκη γίνεται ὅταν τις τὸν ἐκ δημοσίου πριάμενον μὴ ἐᾷ καρποῦσθαι

p. 526, note 5, M. Comperz, et enfin, M. Dareste, *le Traité des lois de Théophraste*, 1870, p. 22.

(1) Hofmann, *Beitræge*, p. 58.

(2) Aristote, *Rhétorique*, I, 5, § 7, Didot, i, p. 321.

ἃ ἐπρίατο (1). Le grammairien suppose que l'État a vendu un immeuble à une personne qui ne peut pas profiter de son acquisition, parce que l'immeuble est possédé par un tiers; et il déclare que l'acheteur peut agir contre le tiers par la δίκη ἐξούλης, véritable action en revendication. Or, pour pouvoir légitimement intenter cette action, il faut être propriétaire. Le contrat a donc suffi, à lui seul, pour déplacer la propriété.

Nous ajouterons enfin, avec M. Dareste, que « l'insistance avec laquelle les jurisconsultes romains posent la célèbre règle : *Traditionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*, suffirait au besoin pour suggérer cette pensée que la règle dont il s'agit était contraire au droit des gens » (2).

Platner a proposé une distinction, que M. Mayer vient de reproduire sans la critiquer (3), et qui nous paraît complétement inadmissible. Le savant jurisconsulte reconnaît que la simple convention pouvait, à Athènes, transférer la propriété à l'acheteur lorsque le vendeur était l'État; la tradition n'était pas exigée dans ce cas. « Die blosse « Veræusserung von Seiten des Staats, auch ohne Uebergabe « der Sache, das Eigenthum auf den Abkæufer übertrag. » Mais, lorsque la vente était consentie par un simple particulier, il n'y avait pas acquisition de propriété pour l'acheteur tant que la chose ne lui avait pas été livrée. « Gab wohl ein Kauf unter Privatpersonen keine Eigen- « thumsrechte, wenn nicht die Tradition hinzukam » (4).

(1) *Onomasticon*, VIII, 59.

(2) *Le Traité des lois de Théophraste*, p. 27.

(3) *Das Recht der Athener*, t. II, 1866, p. 181, § 167, note 11.

(4) Platner, *Process und Klagen bei den Attikern*, t. II, 1825, p. 296. — Cette distinction en rappelle une autre que nous offre le droit romain et qui présente avec elle des traits frappants

Pourquoi cette distinction? C'est que Platner, obligé de s'incliner devant le texte de Pollux que nous avons invoqué et qui accorde la revendication avant que la tradition ait eu lieu, l'a interprété de la façon la plus restrictive. Le grammairien ne parle que d'un acquéreur qui tient ses droits de l'État, τὸν ἐκ δημοσίου πριάμενον. Par argument *a contrario*, le jurisconsulte allemand en a conclu que tout autre acquéreur était moins favorisé et devait être mis en possession.

Mais les autres raisons que nous avons développées pour repousser l'opinion de M. Hofmann subsistent toujours, et elles démontrent que le mode d'argumentation *a contrario*, toujours périlleux, ne peut pas être admis dans l'hypothèse qui nous occupe. La solution rapportée par Pollux, loin d'être exceptionnelle, est conforme aux principes généraux du droit attique, et, au lieu de la restreindre, il faut l'appliquer à tous les cas indistinctement.

Un rapprochement historique, qui nous paraît intéressant, nous confirme encore dans l'opinion que les lois grecques n'exigeaient pas la tradition pour le déplacement de la propriété. Au XIIIe siècle, malgré l'influence toujours croissante du droit romain, qui était depuis longtemps le droit commun de Marseille et de tout le midi de la France, la cité phocéenne persistait à déclarer que

d'analogie. Le *bonorum emptor*, à l'époque classique, n'acquérait pas le domaine quiritaire; il avait seulement la chose *in bonis* : « Non bonorum emptorum res pleno jure fiunt, sed in bonis ef- « ficiuntur. » Gaius, C. III, § 80. Mais, au contraire, le *bonorum sector* (qui publica bona emit) devenait légitime propriétaire : « In emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt.... « cum in bonis sectioneve cujus publice emit. » Varro, *de Re rustica*, II, 10, 4. — Voir Savigny, *Vermischte Schriften*, t. I, p. 168 : « Der emtor succedirte jure civili, wenn der Verkauf vom Staat « ausging, nicht von Privatpersonen. »

la convention des parties, aussitôt qu'elle était prouvée, soit par la *percussio manus*, soit par la remise du denier à Dieu, rendait l'acheteur propriétaire, indépendamment de toute délivrance : « Ex tunc rata et firma habeatur, » disent les Statuts contenus dans le Livre-Rouge, « quantum « ad eos inde contrahentes et eorum heredes, ac si res ipsa « fuisset ipsi emptori tradita » (1). — Dans cet effet translatif attaché au contrat de vente, dans la disponibilité de la dot (2), et dans quelques autres singularités du droit marseillais, il nous semble difficile de ne pas reconnaître les derniers vestiges de la législation grecque antérieure à la conquête romaine, vestiges qui eux-mêmes ne tardèrent pas à s'effacer.

Nous venons de signaler, sur la translation de la propriété entre les parties, une différence considérable entre le droit romain et le droit attique, le premier exigeant, le second n'exigeant pas la tradition. — Mais nous allons immédiatement retrouver un point de ressemblance.

III. — A Rome, bien que la tradition eût été effectuée, l'acheteur n'était pas encore propriétaire de la chose, s'il n'avait pas payé son prix : « Venditæ vero res et traditæ « non aliter emptori acquiruntur quam si is venditori pre- « tium solverit » (3) ; décision que les jurisconsultes alle-

(1) Livre III, c. 6. — Voir M. de Fresquet, *Étude sur les Statuts de Marseille au* XIIIe *siècle*, 1865, p. 95.

(2) Livre II, c. 16 : « Sed si rem aliquam mobilem vel immobi- « lem dotalem, vel non dotalem, mulier sola vel cum marito « alienaverit, et contineatur, in instrumento facto per manum « notarii hujus civitatis, quod mulier sponte alienavit seu se « obligavit et juravit non contra venire, ratum ac firmum habea- « tur, nec possit probare mulier se fuisse deceptam vel compul- « sam. » — Voir M. de Fresquet, *Statuts de Marseille*, p. 89, et M. Giraud, *Histoire du droit français*, t. II, p. 254, pour les Statuts de Salon (Bouches-du-Rhône).

(3) Institutes de Justinien, liv. II, t. I, § 41, *de Rerum divisione*.

mands les plus récents présentent comme une véritable singularité (1), tandis que les romanistes français y voient seulement une interprétation raisonnable de la volonté du vendeur (2).

Quoi qu'il en soit, la même solution avait été déjà consacrée par le droit civil d'Athènes. Bien que le contrat de vente fût par lui seul translatif de propriété, l'acheteur ne pouvait se prévaloir de cet effet du contrat que lorsqu'il avait payé son prix. La loi présumait que le vendeur n'avait eu la volonté de transférer la propriété que sous la condition que le prix lui serait payé. Si donc l'acheteur ne se conformait pas à son obligation, la propriété n'était pas déplacée.

Ce point de droit nous est attesté par Théophraste dans deux passages différents : Κυρία δὲ ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτῆσιν ὅταν ἡ τιμὴ δοθῇ... Ἕως ἂν κομίσηται (ὁ ἀποδόμενος τὴν τιμὴν) κύριον εἶναι τοῦ κτήματος (3). « La vente n'est complète, au point de vue de l'acquisition de la propriété par l'acheteur, que lorsque le prix a été payé... Jusqu'à ce que le vendeur ait reçu le prix, il conserve la propriété de la chose. »

La similitude est digne de remarque, surtout pour ceux qui trouvent « singulière » et « contraire aux principes du droit » la disposition de la loi romaine. — Les Institutes de Justinien nous apprennent que cette disposition avait été formulée dans les Douze Tables, et qu'elle

(1) Exner, *Rechtserwerb durch Tradition*, 1867, p. 343. — Hofmann, *Beitræge zur Geschichte*, 1870, p. 44; cf. p. 63-70.

(2) Ortolan, *Explication historique des Instituts*, 2e édition, t. I, p. 262. — de Fresquet, *Traité élémentaire de droit romain*, t. I, p. 259. — Demangeat, *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 482. — Lariche, *Explication des Institutes de Justinien*, t. I, p. 358. — Accarias, *Précis de Droit romain*, t. I, p. 500, § 230.

(3) Stobée, *Florilegium*, 44, 22.

était d'ailleurs conforme au droit des gens : « Quod cave-« tur quidem etiam lege Duodecim Tabularum, tamen recte « dicitur et jure gentium id effici » (1). — N'est-il pas permis de conjecturer que les Décemvirs l'avaient eux-mêmes empruntée au droit athénien, et que le « jus gentium » dont parlent les Institutes est le droit commun des cités grecques attesté par Théophraste? Σχεδὸν γὰρ οὕτως οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν... οὕτω γὰρ οἱ πολλοὶ νομοθετοῦσιν (2).

Nous ferons remarquer, en passant, que, pour la translation de la propriété, le droit attique exige impérieusement un payement réel, τιμή, tandis que les Institutes prennent encore en considération d'autres faits qu'elles assimilent au payement : « Veluti expromissore aut pignore dato » (3). — Fondés sur cette différence, plusieurs jurisconsultes ont pu soutenir, avec quelques chances de succès, que la loi des Douze Tables n'avait parlé ni de l'expromission, ni de la dation d'un gage, et que, à l'imitation des Grecs, elle n'avait admis le déplacement de la propriété que moyennant le payement effectif du prix (4).

IV. — Les développements dans lesquels nous venons d'entrer nous permettent de résoudre facilement la question des risques et de décider sans hésitation quelle était celle des deux parties qui profitait des augmentations ou souffrait des détériorations subies par la chose dans l'intervalle entre la vente et la délivrance. Il nous paraît, en effet, certain que les Athéniens appliquaient les deux règles qui furent plus tard en vigueur à Rome : « Peri-

(1) § 41, *de Rerum divisione*, 2, 1.

(2) Stobée, *Florilegium*, 44, 22.

(3) § 41, *de Rerum divisione*, Institutes, 2, 1.

(4) Exner, *Rechtserwerb durch Tradition*, 1867, p. 348-354. — Hofmann, *Beitræge zur Geschichte*, p. 49 et 68.

« culum rei venditæ statim ad emptorem pertinet... (1). « Post perfectam venditionem, omne commodum et in- « commodum quod rei venditæ contingit ad emptorem « pertinet » (2).

Nous ne limitons pas notre solution au cas où la propriété était immédiatement déplacée; nous l'appliquons même dans le cas où le déplacement était différé parce que l'acheteur n'avait pas encore payé son prix. Si donc la chose périssait entre les mains du vendeur avant la délivrance, elle périssait pour l'acheteur en ce sens qu'il était toujours tenu de l'obligation de payer son prix. Et, cependant, il n'avait pas encore été rendu propriétaire, puisque, comme nous l'avons vu, d'après les principes du droit grec, le vendeur conservait jusqu'au payement du prix la propriété de la chose.

En d'autres termes, les Athéniens avaient admis, en matière de vente, la règle : « Res perit creditori, » et non pas la règle : « Res perit domino. »

Il nous est impossible de découvrir sur quels arguments se sont appuyés ceux qui, comme Grotius, ont soutenu que, pour la plupart des législateurs anciens, « ad traditionem usque, res commodo et periculo vendi- « toris erat » (3). Ils invoquent, il est vrai, l'autorité de Théophraste, « in loco qui apud Stobæum est. » Mais nous n'avons trouvé, dans le *Traité des lois* auquel ces auteurs se réfèrent, rien qui puisse militer en faveur de leur opinion.

Grotius a cédé sans doute à l'influence de ses doctrines philosophiques. L'illustre publiciste enseignait, en effet, que, d'après le droit naturel, l'acheteur ne peut être rai-

(1) § 3, Institutes, *de Emptione venditione*, 3, 23.
(2) L. I, Code, *de Periculo et commodo rei venditæ*, 4, 48.
(3) Grotius, *de Jure belli et pacis*, liv. II, c. 12, § 15.

sonnablement exposé à courir les risques de la perte fortuite de la chose, que lorsqu'il en a été rendu propriétaire. Il était donc partisan de la maxime : « Res perit do- « mino. » Et, comme il voyait Théophraste déclarer que, jusqu'au payement du prix, la propriété n'était pas encore déplacée chez les Grecs, il en concluait que les risques, jusqu'à cette époque, devaient être pour le vendeur. — Mais il prêtait, sans motifs suffisants, à Théophraste une opinion que celui-ci n'a pas exprimée.

S'il est vrai que la maxime : « Res perit creditori » conduise dans certains cas à des applications contre lesquelles l'équité proteste, tous les juristes, ceux-là même qui, comme Cujas (1), l'ont énergiquement repoussée, doivent reconnaître qu'elle est en harmonie avec les « ru- « dimenta juris », et conforme à la rigueur du droit (2). Nous pouvons donc dire, avec une certitude presque absolue, qu'elle avait été consacrée par la législation d'Athènes (3).

V. — Nous venons de déterminer, aussi exactement que possible, le moment où la propriété passait de la tête du vendeur sur celle de l'acheteur, sans nous préoccuper des tiers. — Nous avons maintenant à rechercher

(1) Cujas, à l'occasion du passage des Institutes qui consacre notre règle, disait : « Juris regulæ in Institutionibus proponun- « tur, quæ omnes sunt ex summo jure et rudimenta ; in Digestis (L. 33, D. *Loc. cond.*) incrementa juris et diligentius exactæ res ad « æquitatem. Et vero æquius est ut qui rem non est nactus em- « ptor pretium non solvat » (*ad Africanum*, t. VIII, ad Leg. 33, *Loc. cond.*, éd. Fabrot, 1658, t. I, p. 1526).

(2) Voir M. Labbé, *Études sur quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, nos 100 et 129.

(3) M. Hofmann, *Beitræge zur Geschichte*, p. 61, s'exprime ainsi : « Der (rœmische) Satz über das Periculum ante traditionem « griechischen Ursprunges ist. »

si l'acquéreur ne devait pas remplir certaines formalités de publicité pour être en droit d'opposer à ceux-ci sa qualité de propriétaire. En d'autres termes, l'acheteur, dont le titre était demeuré secret, pouvait-il l'invoquer, soit contre un second acquéreur, soit contre un créancier hypothécaire qui aurait, depuis la vente, contracté avec le vendeur?

Nous allons trouver ici une différence notable entre le droit attique et le droit romain, différence qui tient à des raisons que nous avons déjà plusieurs fois exposées (1), et sur lesquelles il nous paraît inutile d'insister de nouveau : à Rome, absence complète de publicité donnée aux droits réels; à Athènes, sollicitude digne de remarque pour les intérêts des tiers.

Nous n'aurons toutefois à parler ici que des immeubles. Il est vrai que Platon, dans son *Traité des lois*, soumettait toutes les ventes sans distinction, mobilières ou immobilières, à une condition de publicité. Elles devaient nécessairement être contractées dans le lieu qui avait été assigné sur le marché aux choses faisant l'objet du contrat : ἐν χώρᾳ τῇ τεταγμένῃ ἑκάστοις κατ' ἀγοράν.... (2). Mais tout s'accorde à prouver que le droit positif d'Athènes n'avait pas consacré cette exigence du philosophe.

Pour les immeubles, indépendamment d'une publicité préalable à la vente, et consistant en l'apposition d'affiches, dans les lieux où siégeaient les principaux magistrats, soixante jours au moins avant la réalisation du contrat, προγράφειν παρὰ τῇ ἀρχῇ πρὸ ἡμερῶν μὴ ἐλαττόνων

(1) Voir notamment nos études sur le crédit foncier, 1866, et sur la restitution de la dot, 1867.

(2) Livre XI, Steph. 915, d; Didot, II, p. 462.

ἢ ἑξήκοντα (1), le législateur avait imposé à l'acheteur l'accomplissement d'une formalité qui rappelle notre transcription hypothécaire. — L'acheteur devait se présenter chez un fonctionnaire, dont nous ignorons le titre exact, et verser entre ses mains une sorte de droit de mutation égal à la centième partie du prix de la vente : τὸν πριάμενον (κελεύουσι) ἑκατοστὴν τιθέναι τῆς τιμῆς (2). Le fonctionnaire indiquait sur ses tablettes le versement de ce centième; il constatait en même temps l'aliénation qui venait de s'accomplir en désignant le vendeur ainsi que le nouveau propriétaire qui dorénavant lui était substitué.

Nous pouvons reproduire avec certitude les termes mêmes dans lesquels ces énonciations étaient habituellement formulées. On a retrouvé, en effet, sur l'Acropole d'Athènes, des fragments de marbre, contenant quelques-unes de ces inscriptions, qui, à en juger par les caractères épigraphiques, semblent appartenir à la seconde moitié du IVe siècle avant notre ère : Λεόντιος Καλλιάδου Ἐπικηφι. ἀπέδοτο χωρίον ἐγ Κοθωκιδῶν· ὠνη. Μνησίμαχος Μνησόχου Κοθωκιδ. Ἑκατοστὴ ΗΗΙΙΙ (3). « Léontios, fils de Calliadès, du dème d'Epicephisia, a vendu un fonds de terre situé dans le dème de Cothocides. L'acheteur est Mnésimaque, fils de Mnésochos, du dème de Cothocides; le centième est de deux drachmes et trois oboles. »

Il est permis, sans doute, de trouver très-sommaires les énonciations relatives à l'immeuble vendu; dans d'autres inscriptions étrangères à l'Attique, les aborne-

(1) Théophraste, in Stobée, *Florilegium*, 44, 22.

(2) Théophraste, *loc. cit.*

(3) Bœckh, *Staatshaushaltung der Athener*, 2e édit., 1851, t. II, p. 347. — Rangabé, *Antiquités helléniques*, t. II, nos 877-878; cf. no 2342.

ments sont soigneusement indiqués pour éviter toute confusion : τὴν οἰκίαν καὶ τὰ χωρία τὰ ἐνγὺς ἅπαντα... οἷς γείτονες Ἀρίσταν̓δρος, Μαντινεύς... (1). Mais le but essentiel était atteint ; l'attention des tiers était éveillée, et, avec quelque diligence, ils pouvaient sans trop de difficulté se renseigner exactement.

L'existence seule de l'inscription que nous venons de reproduire en partie nous dispense de répondre longuement à une affirmation de M. Hofmann. Ce savant professeur soutient que, s'il est incontestable qu'il y avait à Athènes un cadastre, il est non moins certain qu'il n'y avait pas de registres publics pour la constatation des aliénations immobilières : « Gab es in Athen Kataster, « aber gewiss keine œffentlichen Bücher » (2).

Le seul argument sur lequel se fonde M. Hofmann paraît être celui-ci : Théophraste, après avoir parlé des affiches et des proclamations en usage chez certains peuples, notamment à Athènes, ajoute : « On ne doit pas oublier que, dans les affiches, dans les proclamations et dans tout ce qui tend à provoquer des oppositions, il ne faut voir, pour le tout ou pour la plus grande partie, que des expédients destinés à suppléer à l'absence d'une autre loi. Car, chez les peuples qui ont des registres contenant l'indication des biens et des contrats qui s'y rapportent, on peut apprendre par les registres si les biens sont libres et sans charges, et si le vendeur est réelle-

(1) *Corpus Inscriptionum græcarum*, n° 2338, lignes 92 et suiv. Voir aussi une inscription d'Amphipolis (Büchsenschütz, *Besitz und Erwerb*, p. 526, note 3). — Pour l'Égypte, les formules d'enregistrement que les Papyrus nous ont conservées donnent sur les abornements des biens vendus les indications les plus précises. (*Notices et Extraits des Manuscrits*, t. XVIII, p. 225).

(2) *Beitræge zur Geschichte*, p. 96.

ment propriétaire. Dans ces pays, en effet, le magistrat porte immédiatement sur les registres le nom de l'acquéreur »(1). On ne rencontrait donc pas simultanément, en Grèce, la transcription (ἀναγραφή) et les affiches (προγραφαί). Or, puisque, de l'aveu formel de Théophraste, il y avait des affiches à Athènes, il n'y avait donc pas de transcription.

Mais, en étudiant attentivement le texte de Théophraste, on verra que cette conclusion ne s'impose pas nécessairement. Le philosophe ne dit pas que les προγραφαί et l'ἀναγραφή fussent incompatibles, et, rationnellement, il aurait eu grand tort de le dire. L'affiche provoque les oppositions à la vente; la transcription donne une publicité permanente à l'aliénation. Ce sont donc deux choses distinctes qui peuvent être conciliées, comme le prouve d'ailleurs notre pratique quotidienne. Le philosophe ne veut pas dire autre chose que ceci : « Toutes les formalités que je viens d'indiquer, ou au moins la plupart d'entre elles, peuvent suppléer à l'absence de livres publics. Mais, là où existeront des livres publics, il suffira de les consulter pour être renseigné d'une façon prompte et certaine sur l'état de la propriété. »

L'inscription que nous avons citée prouve que la transcription n'était pas inconnue des Athéniens. — Mais nous avions déjà, avant elle, le témoignage d'un grammairien sur la foi duquel nous pouvions dire que l'inscription du nom de l'acheteur sur un registre était exigée : Μνησικλῆς ἦν ὠνητὴς ἐγγεγραμμένος (2).

Bien mieux, nous pouvions invoquer l'autorité de Théophraste lui même. Ce philosophe, dont notre inscription prouve la véracité, après avoir dit que la loi

(1) Théophraste, in Stobée, *Florilegium*, 44, 22.

(2) Démosthène, *C. Pantænetum*, Argumentum, Reiske, p. 963.

athénienne exige des affiches pendant soixante jours au moins, et le payement par l'acheteur d'une somme égale au centième de son prix d'acquisition, indique en quelques mots l'utilité pratique de ces formalités : « Elles ont cet avantage que tous les intéressés sont avertis et peuvent mettre en mouvement leurs réclamations ou leurs oppositions, et que les percepteurs de l'impôt découvrent facilement le véritable acquéreur astreint pour l'avenir à supporter la charge des contributions foncières : » ὅπως διαμφισβητῆσαί τε ἐξῇ καὶ διαμαρτύρασθαι τῷ βουλομένῳ καὶ ὁ δικαίως ἐωνημένος φανερὸς ᾖ τῷ τέλει (1). Or, cette utilité n'existerait pas si des registres publics, contenant la mention des ventes, n'étaient pas mis à la disposition des intéressés.

Le droit gréco-égyptien, du temps des Ptolémées, offre dans le même sens un argument d'analogie dont nous ne voulons pas exagérer la valeur, mais que cependant nous ne devons pas négliger. Dans le procès en revendication, connu sous le nom de *Procès d'Hermias*, et sur lequel les papyrus de Turin et de Paris nous donnent des détails si curieux, Hermias invoqua contre les titres que produisaient ses adversaires une disposition législative ainsi conçue : τὰ μὴ ἀναγεγραμμένα αἰγύπτια συναλλάγματα ἄκυρα εἶναι (2) : « Les contrats égyptiens qui n'ont pas été transcrits sont sans force. » Ses adversaires ne trouvèrent

(1) Théophraste, in Stobée, *Florilegium*, 44, 22. — M. Dareste, p. 23, a critiqué l'explication de ce passage que nous avons donnée en 1866, et que nous reproduisons aujourd'hui. Ce qui nous décide à la maintenir, c'est qu'elle nous paraît plus naturelle et plus conforme à la construction grammaticale que celle de notre savant contradicteur. Elle a d'ailleurs été acceptée par M. Hofmann : « Zugleich soll hiedurch der rechtmæssige Kæufer « der Behœrde bekannt werden. » (*Beitræge*, p. 80, cf. p. 90.)

(1) Peyron, *Papyri Græci*, Turin, 1826, pars 1a, p. 32, l. 14-15.

rien à répondre à cet argument; ils se rejetèrent sur cette raison qu'une prescription acquisitive s'était accomplie en leur faveur, et sur ce que le demandeur n'apportait pas la preuve de sa réclamation.

On pourrait signaler une autre utilité des registres publics contenant à Athènes la mention des déplacements de propriété. D'après un texte d'Isée, le possesseur, qui était troublé par une action en revendication ou par toute autre action réelle, devait démontrer qu'il possédait en vertu d'un juste titre : τῶν ἀμφισβητησίμων χωρίων δεῖ τὸν ἔχοντα ἢ θέτην ἢ πρατῆρα παρέχεσθαι ἢ καταδεδικασμένον φαίνεσθαι (1) : « Lorsqu'un immeuble est contesté, il faut que le possesseur puisse indiquer la personne qui lui a donné à titre de gage ou qui lui a vendu cet immeuble, ou bien qu'il prouve que l'immeuble lui a été adjugé. » Le possesseur, à l'aide des registres publics, pouvait aisément se conformer à ces exigences (2).

(1) Isée, *de Aristarchi hereditate*, § 24, Didot, p. 308. — Cf. Platon, *de Legibus*, XI, Steph. 915, Didot, 462.

(2) Le texte d'Isée que nous venons de citer a une grande importance; pris à la lettre, il favoriserait singulièrement l'opinion que M. Dareste a récemment exprimée en disant : « Les Athéniens ne paraissent pas avoir eu rien d'analogue aux interdits du droit romain, ni à nos actions possessoires. La preuve paraît avoir été également à la charge des deux parties. » *Le Traité des lois de Théophraste*, Paris, 1870, p. 31. — Il nous semble bien difficile pourtant d'admettre cette conclusion.

L'un des plus grands avantages de la possession est que le possesseur ne peut être dépouillé de la chose que par une personne qui justifie d'un droit de propriété sur cette chose : « Longe « commodius est possidere potius quam petere.... Commodum « autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit qui « possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, rema- « net suo loco possessio : propter quam causam, cum obscura « sunt utriusque jura, contra petitorem judicari solet. » (Institutes de Justinien, *de Interdictis*, § 4.)

Cette faveur attribuée à celui qui possède n'a rien que de très-

conforme au droit rationnel. Car, en règle générale, la possession et la propriété ne sont pas séparées. C'est même par la possession que le droit de propriété se manifeste et s'exerce. Il est donc juste de regarder le possesseur comme propriétaire, tant qu'une autre personne n'a pas fourni la preuve complète que le droit est en désaccord avec le fait. C'est seulement après cette démonstration que la présomption doit céder devant la réalité.

La règle que nous venons d'exposer et de justifier n'a pas été formellement consacrée par les lois athéniennes. Mais n'est-ce pas aller bien loin que de conclure, de quelques textes ambigus, qu'elle est demeurée étrangère à la législation d'Athènes, alors que nous pouvons démontrer qu'elle était mise en pratique par d'autres républiques grecques ?

Zaleucus, un des législateurs de la Grande-Grèce, l'avait même très-nettement formulée : « Celui qui est en possession de la chose litigieuse au moment où elle est portée devant le magistrat (et ceci rappelle l'*adductio in jus* dont parle Gaius, C. IV, § 16) doit en être réputé propriétaire jusqu'au jour du jugement. » Δεῖν κρατεῖν τῶν ἀμφισβητουμένων μέχρι τῆς κρίσεως παρ' οὗ τὴν ἀγωγὴν συμβαίνει γίγνεσθαι (Polybe, XII, 16). — Une sorte de jurisprudence s'était même formée sur l'application de cette règle.

Il est, en effet, très-important, dans certains cas, de savoir quelle est celle des deux parties qui a droit à la possession afin de lui attribuer le rôle de défendeur. « Plerumque et fere sem« per, ingens existit contentio de ipsa possessione » (Institutes, *de Interdictis*, § 4). Faut-il s'attacher au simple fait matériel de la possession, sans rechercher quels sont ses caractères juridiques ? Ou bien, au contraire, la loi a-t-elle eu exclusivement en vue une possession réunissant certaines conditions plus ou moins rigoureuses ?

Polybe raconte que, un jour, dans la ville de Locres Epizéphirienne, une contestation s'éleva entre deux jeunes gens, relativement à la propriété d'un esclave. L'un d'eux l'avait possédé pendant assez longtemps ; mais, en son absence, l'autre s'en était violemment emparé. Le premier invoquait la loi de Zaleucus que nous avons transcrite ; il réclamait la possession intérimaire de la chose, et le rôle de défendeur. Le second, appuyé judaïquement sur les termes de la loi, prétendait être le véritable possesseur et rejetait sur son adversaire le fardeau de la preuve.

Les juges, saisis de ce débat, furent, nous dit Polybe, dans une grande perplexité. Ils s'adressèrent au magistrat suprême de la ville, le Cosmopolis, et lui demandèrent son avis. Ce magistrat répondit que Zaleucus n'avait pu parler que d'une possession

VI. — En principe, le vendeur ne pouvait pas transporter à l'acheteur plus de droits qu'il n'en avait lui-même. Si la propriété ne lui appartenait pas, l'acheteur

régulière, incontestable, ou appuyée du moins sur un certain laps de temps, — et non pas d'une possession entachée de violence, possession qui ne doit pas produire d'effets juridiques. Le Cosmopolis était si bien convaincu de l'excellence de son interprétation, qu'il offrait au plaideur dissident une sorte de pari dont l'enjeu serait la vie de celui que les tribunaux condamneraient.

Il n'avait véritablement rien à craindre ; car, son opinion, si elle n'avait pas pour elle la lettre même de la loi, était conforme aux intentions du législateur et aux raisons qui avaient fait adopter la disposition litigieuse. Comment celui qui, au su de tous, s'est emparé par violence d'une chose possédée par un tiers, pourrait-il raisonnablement argumenter d'une présomption de propriété? Aussi les Romains n'accordaient-ils les interdits *utrubi* et *uti possidetis* qu'à ceux qui possédaient *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*. (L. 1, Pr. D. *uti possidetis*, 43, 17. — L. 1, D. *utrubi*, 43, 31.)

Les juges, mettant de côté leurs premières hésitations, rendirent une décision conforme à l'avis du Cosmopolis.

Le règlement du possessoire dans l'action en revendication n'était donc pas abandonné en Grèce à la discrétion des juges. — Pourquoi les Athéniens auraient-ils agi moins raisonnablement que leurs compatriotes les Locriens?

Ajoutons toutefois que, si le possesseur est présumé propriétaire pendant la durée de l'instance, on ne doit pas se dissimuler pourtant que la présomption est ébranlée par l'attaque que les tribunaux ont à juger. Il est donc sage de prévoir le cas où le demandeur réussirait dans son action, et de ne pas le laisser sans garanties contre les détournements et les dilapidations que la possession provisoire rendrait faciles à l'adversaire.

A Rome, d'après Gaius, Commentaire IV, § 16, « Prætor possessorem jubebat prædes adversario dare litis et vindiciarum, « id est rei et fructuum. » — Il en était de même en Grèce, et, dans le récit de Polybe, on voit le jeune homme qui réclame la possession se déclarer prêt à fournir des cautions : δεῖν κύριον αὐτὸν εἶναι καὶ διδόναι ἐγγυητάς.

Nous avons regretté de ne pas pouvoir consulter une dissertation publiée à Iéna, en 1826, par J. W. H. Viebahn, sous ce titre : *Remedia recuperandæ possessionis in jure attico.*

ne devenait pas propriétaire. Si l'immeuble vendu était grevé d'une servitude ou d'une hypothèque, l'acquéreur devait subir l'exercice de la servitude et était exposé aux poursuites du créancier hypothécaire.

Mais, par exception, il en était autrement dans un cas particulier, où l'aliénation avait pour conséquence immédiate d'éteindre tous les droits réels existant sur la chose, si favorables qu'ils fussent.

Une loi, conservée dans le discours de Démosthène contre Timocrate, est ainsi conçue : Ὅσων τὸ δημόσιον ἀπέδοτο, μὴ εἰσάγειν τούτων εἰς τὸ δικαστήριον τῶν ἀρχόντων μηδένα. « Aucun des magistrats n'introduira devant les tribunaux d'actions relatives aux biens vendus par le trésor public » (1). Le refus d'action est édicté dans des termes si généraux qu'il s'applique non-seulement aux réclamations de démembrements de la propriété et d'autres droits réels, mais encore à la revendication formée par l'ancien propriétaire.

Aucun doute n'est permis sur cette conclusion. Démosthène, dans un commentaire incisif de notre loi, déclare formellement que le droit d'agir sera refusé, même dans le cas où l'on pourrait dire que l'État a injustement vendu une chose dont il n'avait pas la propriété : οὐ προσήκει δικάζεσθαι... ἔχοι τις ἂν εἰπεῖν ὡς ἀδίκως (τὸ δημόσιον) οὐ προσήκοντα πέπρακεν (2).

Si les textes que nous venons de reproduire n'étaient à eux seuls décisifs, nous pourrions invoquer encore la déclaration de Pollux. D'après ce grammairien, l'action en revendication, la δίκη ἐξούλης, est accordée contre celui qui met obstacle à l'entrée en possession de l'acquéreur d'un bien vendu par le trésor public : Ὅταν τις τὸν

(1) Démosthène, *C. Timocratem*, § 54, Reiske, 717.
(2) Démosthène, *C. Pantænetum*, § 19, Reiske, 972.

ἐκ δημοσίου πριάμενον μὴ ἐᾷ καρποῦσθαι ἃ ἐπρίατο (1). — Ce texte ne fait aucune distinction, et l'action serait aussi bien admissible contre le véritable propriétaire que contre toute autre personne (2).

Ces décisions étaient inspirées par le désir de favoriser les ventes faites par le trésor public, et d'y attirer un grand nombre d'enchérisseurs séduits par la perspective d'une sécurité que rien ne pourrait troubler. — Les biens provenant des confiscations se vendaient très-souvent à vil prix, τὰ (δημευόμενα) πολλοῦ ἄξια ὄντα ὀλίγου πιπράσκεται (3), et, pour relever leur valeur, les Athéniens avaient jugé nécessaire d'accorder aux acquéreurs certains priviléges.

A Rome, longtemps après l'époque qui nous occupe, la même sollicitude amena la reproduction exacte de la loi athénienne. L'empereur Zénon décida que les acheteurs traitant avec l'*ærarium* seraient immédiatement à l'abri de toute « actio in rem, dominii vel hypothecæ « gratia » (4). Il est vrai que la rigueur de cette solution fut tempérée par la concession au propriétaire ou aux créanciers hypothécaires d'un recours qui pouvait être exercé pendant quatre années contre le fisc, tandis que nous ne trouvons aucune disposition analogue dans le droit d'Athènes.

§ II. — Formes du contrat.

I. — La vente, au moins lorsqu'elle avait pour objet des immeubles, devait être annoncée par des affiches

(1) Pollux, *Onomasticon*, VIII, 59.

(2) Platner, *Process und Klagen bei den Attikern*, t. II, p. 337-338.

(3) Lysias, *C. Polyarchum*, XVIII, § 20, Didot, p. 178.

(4) L. 2, C. *de Quadriennii præscriptione*, 7, 37. — Cf. Institutes, § 14, *de Usucapionibus*, 2, 6.

soixante jours avant sa réalisation : Ἔνιοι δὲ κελεύουσι προγράφειν παρῃ τῇ ἀρχῇ πρὸ ἡμερῶν μὴ ἐλαττόνων ἢ ἑξήκοντα, καθάπερ Ἀθήνῃσι (1). — Le but de ces affiches était de provoquer les tiers qui croyaient avoir des droits sur la chose vendue à se faire connaître et à former opposition : ὅπως διαμφισβητῆσαί τε ἐξῇ καὶ διαμαρτύρασθαι τῷ βουλομένῳ (2).

Ménéclès avait mis en vente un fonds de terre ; aussitôt son frère déclara qu'il s'opposait à l'aliénation, διεκώλυε τὸ χωρίον πραθῆναι ; il se fondait sur un droit partiel de propriété dont il ne s'était jamais prévalu jusqu'alors, et en vertu duquel il défendait à tous ceux qui pouvaient avoir le désir d'acheter de se rendre acquéreurs : ἀπηγόρευε τοῖς ὠνουμένοις μὴ ὠνεῖσθαι (3).

Il était très-important pour les tiers de profiter de l'avertissement qui leur était donné et de former, s'ils s'y croyaient autorisés, une opposition dans les délais légaux. Nous avons dit, en effet, que certaines ventes transféraient à l'acquéreur une propriété pleine et entière, dégrevée de tous les droits réels dont l'immeuble avait été frappé.

Lorsque le vendeur jugeait l'opposition mal fondée, il avait la faculté d'en demander la mainlevée et de réclamer des dommages et intérêts représentant le préjudice causé par l'intervention illégitime de l'opposant. L'action qui était alors intentée était, dans la pratique athénienne, désignée, comme presque toutes les autres actions judiciaires, par un nom spécial ; on l'appelait ἀπορρήσεως δίκη (4).

(1) Théophraste, in Stobée, *Florilegium*, 44, 22.

(2) Théophraste, *eod. loc.*

(3) Isée, *de Meneclis hereditate*, § 28, Didot, p. 247. — Cf. Démosthène, *C. Nicostratum*, § 10, Reiske, p. 1249.

(4) Isée, *de Meneclis hereditate*, § 29, Didot, p. 247.

II. — Nous ne croyons pas que les lois athéniennes aient subordonné la validité du contrat de vente à l'observation de solennités de forme, plus ou moins rigoureuses, analogues à celles qui étaient en usage dans d'autres républiques grecques.

Dans certaines villes, en effet, la vente devait avoir lieu par le ministère d'un crieur public, après des annonces répétées pendant plusieurs jours (1).

Ailleurs, elle était nécessairement conclue en présence d'un magistrat (2). A Mitylène, par exemple, Pittacus avait exigé l'intervention du prytane et des βασιλεῖς ou sénateurs.

Chez les Thuriens, les trois plus proches voisins de l'immeuble vendu devaient assister à l'échange des consentements. Afin de graver dans leur mémoire le souvenir de l'acte dont ils avaient été témoins, chacun d'eux recevait du vendeur une petite pièce de monnaie (3). Mais, aussi,

(1) Théophraste, in Stobée, *Florilegium*, 44, 22. — Le fragment de Théophraste relatif au contrat de vente est d'une obscurité parfois désespérante. Déjà, en 1866, nous avons présenté une explication sommaire du passage où l'auteur traite de la publicité et des formes de l'acte. Mais, grâce à l'incorrection des textes dont nous disposions, cette explication n'est pas irréprochable. Depuis cette époque, deux éditions, notablement améliorées, ayant été données, l'une par M. Dareste, l'autre par MM. Hofmann et Comperz, nous en profitons pour exposer de nouveau, avec plus d'exactitude, les dispositions notables des lois grecques sur les formalités de la vente.

(2) Voir Dion Chrysostôme, 31, 51.

(3) Nous disons, comme en 1866, que le νόμισμα était payé par le vendeur. Cependant M. Hofmann, p. 81, note 21, croit qu'il serait plus raisonnable de le mettre à la charge de l'acheteur. Quant à M. Dareste, p. 18, il traduit ainsi : « Le vendeur et l'acheteur doivent se réunir pour donner à trois des plus proches voisins une pièce de monnaie. » Notre explication seule se concilie avec le délit prévu plus loin : ἐὰν δὶς παρὰ τοῦ αὐτοῦ λάβωσιν. Il n'y a qu'une personne qui puisse remettre deux fois le νόμισμα

la loi les déclarait responsables dans trois cas ; le premier, assez difficile à bien préciser, ἐὰν μὴ λάβωσιν, peut-être lorsqu'ils avaient laissé vendre l'immeuble sans assister à la vente et sans exiger du vendeur le νόμισμα qu'il était tenu de leur donner (1) ; le second, ἐὰν δὶς παρὰ τοῦ αὐτοῦ λάβωσιν, lorsqu'ils avaient reçu deux fois le νόμισμα à l'occasion de deux ventes consécutives, faites par le même vendeur, de la même chose ; le troisième, Ἐὰν ἔχοντες μὴ λέγωσι τὸν ἐωνημένον, lorsque, ayant assisté à la vente et ayant reçu le νόμισμα, ils ne faisaient pas connaître, quand plus tard ils étaient interrogés, le nom du premier et seul légitime acquéreur (2).

A Cyzique, en Asie mineure, sur les bords de la Propontide, toute vente, avant d'être confirmée, devait être publiée pendant cinq jours consécutifs. Cette publicité, postérieure à la vente, avait le même but que les affiches préalables en usage à Athènes : avertir les tiers intéressés, et les inviter à faire valoir immédiatement leurs

aux voisins, de manière à engager leur responsabilité ; et cette personne est évidemment le vendeur, M. Hofmann lui-même semble le reconnaître. C'est pourquoi nous maintenons au mot κοινῇ, sur lequel s'appuie M. Dareste, la signification que nous avons indiquée dans notre étude sur le crédit foncier à Athènes. La remise de la pièce de monnaie doit être faite aux trois plus proches voisins *réunis*, « welche zugleich anwesend sein müssen, » comme dit M. Hofmann, *loc. cit.*, p. 81.

(1) M. Dareste traduit, p. 19 : « S'ils refusent de recevoir, » sans rien ajouter. — M. Hofmann, p. 81, croit que la première hypothèse prévue est celle où les voisins attesteraient une vente qui n'a pas eu lieu, et à l'occasion de laquelle, par conséquent, il leur a été impossible de recevoir le νόμισμα.

(2) M. Schiller, *de Rebus Thuriorum*, 1838, p. 45, reproduisant presque littéralement la traduction bien connue de Heyne, expliquait notre passage d'une manière inadmissible : « Si emptor « rem non accepisset, aut rem traditam peteret tanquam non « traditam, aut acceptam esse negaret. »

droits sur la maison ou sur le fonds de terre qui venait d'être vendu.

Ailleurs, enfin, peut-être chez les habitants d'Ænos, en Thrace (1), la vente devait être accompagnée de sacrifices et de serments solennels. Celui qui achetait une maison dans la ville, avec l'intention de l'habiter, sacrifiait sur l'autel d'Apollon Agyeus, dont l'image protectrice était presque toujours placée devant la porte du logis. S'il voulait, au contraire, en retirer des loyers, comme il lui était moins utile de se concilier la bienveillance du Dieu de la maison, le sacrifice était offert à Zeus Agoraios, le Dieu qui présidait aux contrats et aux transactions commerciales. Pour les fonds de terre et les biens ruraux, on adressait l'hommage au héros protecteur du village dans lequel le fonds était situé. — Quand le bien vendu avait une valeur modique, l'offrande consistait seulement en quelques gâteaux pétris avec du miel (2). — Après le sacrifice, les parties, assistées de trois habitants de la localité, se rendaient devant le magistrat chargé de l'inscription des ventes. Là, le vendeur et l'acheteur juraient qu'ils contractaient loyalement, sans collusion, sans détours et sans fraudes d'aucune sorte (3). Le magistrat devait refuser d'inscrire la vente sur ses registres, tant que

(1) En 1866, nous avons indiqué, à tort, comme se rapportant à la législation des Thuriens, les formalités que nous allons maintenant exposer. L'attribution aux Æniens, quoique vraisemblable (Hofmann, p. 99), est encore incertaine.

(2) M. Dareste, p. 20, traduit : « Les pauvres peuvent s'acquitter du sacrifice en offrant des parfums. » L'interprétation des mots τῶν ἐλαττόνων que nous avons admise nous semble préférable. — Cf. Hofmann, p. 84, et Hésychius, v° Θυλήματα, édit. Alberti, t. I, p. 1741.

(3) Cf. L. 68, § 1, D. *de Contrahenda emptione*, 18, 1 : « Fere « aliqui solent hæc verba adjicere : dolus malus a venditore « aberit. »

ces formalités n'avaient pas toutes été remplies, et, dans le serment qu'il prêtait lui-même à son entrée en fonctions, il s'engageait à ne jamais constater une aliénation sans avoir d'abord reçu, dans les formes prescrites, le serment des intéressés.

Les lois athéniennes n'exigeaient aucune des formalités que nous venons de décrire. La vente, à Athènes, était un contrat purement consensuel, et elle était régulièrement formée aussitôt que le vendeur et l'acheteur étaient d'accord sur la chose et sur le prix.

La prudence commandait toutefois aux parties de se procurer une preuve du contrat, et il est vraisemblable que, dans la plupart des cas, elles dressaient, en présence de témoins, des actes écrits susceptibles d'être produits en justice, si, plus tard, des contestations surgissaient entre elles.

III. — Les arrhes (ἀῤῥαβών) étaient connues des Grecs ; le nom qu'elles portent encore aujourd'hui suffirait pour le démontrer. Mais, indépendamment de la définition donnée par l'*Etymologicum magnum* : Ἀῤῥαβών· ἡ ἐπὶ ταῖς ὠναῖς παρὰ τῶν ὠνουμένων δεδομένη προκαταβολὴ ὑπὲρὰ σφαλείας (1), nous possédons plusieurs textes de l'époque classique qui les mentionnent expressément (2).

Wachsmuth enseignait que Thalès, d'après la tradition, avait eu le premier l'idée des arrhes : « Erfinder des An« geldes wird Thales genannt » (3). — Mais nous croyons que le savant philologue, lorsqu'il exprimait cette opinion, était victime d'une méprise.

(1) *Etymologicum magnum*, 148, 52.

(2) Isée, *de Cironis hereditate*, § 23, Didot, p. 294.

(3) Wachsmuth, *Hellenische Alterthumskunde*, 2e édit., t. II, 1846, p. 189.

Aristote (1) et Cicéron (2) racontent une anecdote qui, sans doute, a été le principe de l'erreur. — Plusieurs personnes, à la vue de la misère et de la pauvreté de Thalès, avaient déclaré que la philosophie est une science inutile. Le sage résolut de les confondre. Grâce à ses connaissances en astrologie, il put prévoir, dès le commencement de l'hiver, que les oliviers donneraient l'année suivante une abondante récolte. Aussitôt, il s'empressa de louer à des prix très-modérés, personne ne songeant à lui faire concurrence, tous les pressoirs à huile qui existaient dans Milet et dans Chio. Les ressources fort restreintes dont il disposait ne lui permettaient pas de payer comptant le prix de la location : il se borna à remettre des arrhes à ses bailleurs. Quand le moment de la récolte fut venu, les propriétaires d'oliviers se disputèrent les instruments dont il avait acquis le monopole exclusif. Il obtint tout ce qu'il voulut et réalisa de très-beaux bénéfices. Il fit voir par là qu'il serait aisé aux philosophes de s'enrichir, s'ils le désiraient; mais ils poursuivent un but plus noble que la richesse.

Lorsque Aristote déclare qu'on attribue à Thalès l'honneur d'avoir inventé une combinaison utile à ceux qui veulent faire fortune, il parle, non pas des arrhes, mais de l'opération elle-même, des marchés à terme conclus par Thalès. Les arrhes servirent uniquement à rendre le contrat solide et à préserver le philosophe de la mauvaise foi des locateurs.

Le texte le plus important pour la détermination du caractère des arrhes, dans le droit grec, est un fragment de Théophraste, que Stobée nous a conservé (3). —

(1) Aristote, *Politique*, I, 4, 5.
(2) Cicéron, *de Divinatione*, I, c. 49, §§ 111-112.
(3) Stobée, *Florilegium*, 44, 22.

Malheureusement, les incorrections et les lacunes y abondent, et il nous est difficile de retrouver aujourd'hui, au milieu de ses débris, la pensée exacte du savant polygraphe.

Nous croyons, après de mûres réflexions, que l'on peut ainsi résumer ce précieux document, tel qu'il nous est offert par le compilateur macédonien :

« D'après le droit commun, le contrat de vente est parfait, à l'égard de l'acheteur, lorsque celui-ci a payé son prix et observé les formalités légales : transcription, serment, remise d'une pièce de monnaie aux voisins ; — à l'égard du vendeur, lorsque celui-ci a reçu des arrhes.

« Quelques législateurs ont déterminé quelle devait être la valeur des arrhes. Ils ont décidé qu'elles seraient proportionnelles au prix de la vente. Est-il raisonnable, en effet, que celui qui prend l'engagement de payer dix talents se borne à remettre comme arrhes un simple anneau ?

« Les arrhes doivent être livrées au vendeur au moment même du contrat. — Il n'en est pas de même du prix ; mais, sur ce dernier point, les législations varient. A Thurium, il doit être payé le jour même de la vente ; d'autres accordent à l'acheteur un plus long délai ; d'autres, enfin, laissent toute liberté aux parties et se bornent à faire respecter leur convention (1).

(1) M. Dareste, *Traité des lois de Théophraste*, p. 23, trouve dans ce passage l'explication d'une difficulté qui a beaucoup embarrassé les interprètes du droit romain. — L'opinion généralement admise, d'après laquelle l'innovation de Justinien sur l'effet des arrhes dans la vente (L. 17, C. *de Fide instrumentorum*) s'applique, non-seulement aux ventes qui doivent être constatées par écrit, mais encore à celles « quæ sine scriptis celebrantur », donne prise à une grave objection. Elle autorise, en effet, le dédit jusqu'à l'exécution du contrat ; elle expose donc les parties à rester dans une longue incertitude lorsque l'exécution doit

« Si l'acheteur ne paye pas son prix, et, si le vendeur ne fait pas délivrance dans les délais fixés, il y a lieu de prononcer une peine contre celui qui manque à ses engagements.

« L'acheteur perdra les arrhes qu'il aura payées ; tel est le droit commun, et notamment celui des Thuriens (1).

« Le vendeur qui ne fera pas délivrance payera à l'acheteur une somme égale au prix de la chose vendue. C'est encore ce que décide la loi Thurienne (2).

« Les deux peines sont, comme on le voit, très-inégales. Car la valeur de la chose est bien supérieure à celle des arrhes. Il y a même des cas où le vendeur sera encore traité plus sévèrement, puisqu'il perdra tout à la fois les arrhes et le prix de la chose (3)..... C'est ainsi que

être notablement différée parce qu'il y a terme pour la livraison ou pour le payement. — M. Dareste déclare cette objection mal fondée, attendu que la faculté de dédit ne peut être exercée que pendant un temps très-court, fixé par la convention des parties ou par l'usage. Il est vrai que Justinien ne nous dit pas quel était le délai usuel ; mais le texte de Théophraste peut nous servir à combler cette lacune; car il est évident que Justinien n'a fait qu'ériger en loi l'usage attesté par le polygraphe. — En admettant que cette réponse soit complétement satisfaisante, ce que nous aurions quelque peine à accorder, il ne s'ensuivrait pas que l'opinion commune doive être nécessairement acceptée. Il resterait encore à réfuter les autres arguments, et ils sont nombreux, à l'aide desquels notre excellent collègue et ami, M. Boissonade, a démontré qu'elle était inadmissible. (*De l'effet des arrhes dans la vente sous Justinien*, Paris, 1866, p. 7).

(1) Cf. L. 6, Pr. *de Lege commissoria*, 18, 3. — L. 8, D. *eod. tit.* — L. 1, C. *de Pactis inter emptorem et venditorem*, 4, 54. — L. 17, C. *de Fide instrumentorum*, 4, 21.

(2) Justinien se montra moins rigoureux pour le vendeur: « Qui vendere policitus est, venditionem recusans, in duplum « arrhas reddere cogitur.» L. 17, C. *de Fide instrumentorum*, 4, 21. — Cf. Pr. Inst., III, 23.

(3) Quels sont ces cas? Ici le texte de Théophraste nous paraît complétement inintelligible, même en acceptant la suppression

quelques législations permettent à l'acheteur de poursuivre en justice le vendeur, afin de le forcer à exécuter le contrat. »

De ce long et confus passage de Théophraste, il résulte que, à Thurium, colonie athénienne, et dans la plupart des États grecs, on ne voyait dans les arrhes, ni un signe de la conclusion définitive du contrat (*arrha in signum consensus interpositi data*), — ni une somme payée à titre d'à-compte sur le prix, — mais un moyen de dédit pour chacune des parties contractantes. L'acquéreur, en perdant ce qu'il avait remis au vendeur, le vendeur, en payant à l'acheteur une somme égale au prix de l'aliénation, pouvaient se dégager des liens du contrat. Seulement, la faculté de dédit n'existait pas à toute époque; elle ne pouvait être exercée que pendant un délai très-limité, fixé par la loi ou par la convention.

Les Thuriens s'étaient-ils bornés à reproduire dans leur Code les dispositions en vigueur dans leur mère-patrie? Il est permis d'en douter et de soutenir que, à Athènes comme dans le droit romain antérieur à Justinien, les arrhes étaient destinées à prouver que la vente était parfaite, et qu'il ne dépendait plus de l'une des parties d'abandonner le contrat (1).

proposée par M. Comperz, des mots : ἐπειδή τις ἐφ' ἡμέραν μίαν ὁρισείεν, et en les reportant beaucoup plus haut. Il faudrait, en effet, supposer une législation qui permettrait à l'acheteur d'actionner le vendeur en délivrance, sans payer le prix convenu, et d'exiger la restitution des arrhes. Quel législateur aurait consacré une pareille injustice? — M. Hofmann, *Beitræge*, p. 108, a essayé d'expliquer le texte de Théophraste; mais nous ne croyons pas qu'il y ait réussi.

(1) Nous avons déjà précédemment réfuté l'opinion de M. Hofmann qui soutient que les arrhes étaient, en Grèce, un élément essentiel à la formation du contrat : « War die Arrha beim Kau. in Griechenland notwendig. » *Beitræge...*, p. 106.

Le droit commun, Théophraste nous l'a dit, est que la vente est parfaite (κυρία ἡ ὠνὴ καὶ ἡ πρᾶσις), que le vendeur est obligé de faire délivrance (εἰς τὴν παράδοσιν), que l'acquéreur est devenu propriétaire (εἰς τὴν κτῆσιν) dès que les arrhes ont été payées.

Y a-t-il quelque texte indiquant pour Athènes une dérogation au droit commun? Bien loin de là, nous lisons dans Harpocration : « L'action βεβαιώσεως est l'action que l'acheteur intente contre son vendeur, lorsqu'un tiers le trouble dans la possession de la chose vendue, et que le vendeur ne vient pas à son aide. — Parfois, cette même action est accordée dans le cas où il y a eu seulement dation d'arrhes; si le vendeur qui les a reçues refuse d'exécuter le contrat, l'acheteur qui les a payées peut intenter contre lui l'action βεβαιώσεως (!). » Ἐνίοτε καὶ ἀῤῥαβῶνος μόνου δοθέντος, εἶτα ἀμφισβητήσαντος τοῦ πεπρακότος, ἐλάγχανε τὴν τῆς βεβαιώσεως δίκην ὁ τὸν ἀῤῥαβῶνα δοὺς τῷ λαβόντι (!) — Nous pouvons rapprocher de ce texte une autre définition, un peu confuse, il est vrai, que nous fournit l'auteur inconnu d'un des Lexiques de Séguier : « L'action βεβαιώσεως est attribuée à l'acheteur contre le vendeur pour faire cesser les usurpations des tiers, dès que les arrhes ont été payées » (2). — Puisque les jurisconsultes accordaient à l'acquéreur un droit d'action contre le vendeur, soit pour l'exécution du contrat et la délivrance de la chose vendue, soit pour la garantie, lorsqu'il y avait eu dation d'arrhes, les parties n'avaient donc pas la faculté de se dédire.

Il en résulte que les arrhes, à Athènes comme à Rome, étaient le signe et la preuve de la conclusion du con-

(2) Harpocration, v° βεβαιώσεως, édit. Bekker, p. 44.
(2) Bekker, *Anecdota græca*, I, p. 219.

trat (1). La somme payée par l'acheteur était une sorte d'à-compte sur le prix fixé, et il ne restait plus qu'à solder le reliquat, « solvere reliquam pecuniam » (2).

Cette ressemblance que nous signalons entre les deux législations est elle-même un argument qu'il ne faut pas dédaigner, et Varron nous avertit qu'il est juste de s'en préoccuper lorsqu'il nous dit : « Arrabo : pecunia sic data « ut reliquum reddatur; a Græco ἀῤῥαβών; reliquum, quod « ex eo, quod debitum, reliquum » (3).

L'opinion que nous venons d'indiquer s'accorde parfaitement avec les textes de l'époque classique que nous avons déjà cités. — Dioclès, ayant à pourvoir à des funérailles, fait à Athènes plusieurs acquisitions. Dans quelques magasins, il paye comptant; dans d'autres, il donne des arrhes (4)... c'est-à dire qu'il se borne à un payement partiel. — Il est inutile de multiplier les exemples.

Chose curieuse! Au temps de Lucien, le mot ἀῤῥαβών, que nous employons encore aujourd'hui, était proscrit par l'usage et remplacé par le mot προνόμιον; il était si bien tombé en désuétude qu'il suffisait de l'employer pour mériter le titre d'érudit admirable et sans pareil (5).

III. — Les papyrus apportés depuis un demi-siècle d'Égypte en Europe ont prouvé que, sous la domination

(1) Saumaise, *de Modo usurarum*, p. 584, définit les arrhes « pignus ab emente datum vendenti in antecessum solutionis « integri pretii et ad securitatem venditoris ut rem esse emptam « sciat...., pars pretii quod erat solvendum. »

(2) L. 8, D. *de Lege commissoria*, 18, 3.

(3) Varro, *de Lingua latina*, V, 175; cf. Bruns, *Fontes juris romani antiqui*, 1860, p. 130. — Nous devons dire toutefois que le mot « Arrabo » a été souvent employé par les Romains comme synonyme de « pignus. » V. Saumaise, *loc. cit.*, p. 582.

(4) Isée, *de Cironis hereditate*, § 23, Didot, p. 294.

(5) Lucien, *le Maître de rhétorique*, c. 17.

macédonienne, les contrats égyptiens furent soumis aux formalités d'un double enregistrement.

Ils devaient d'abord être présentés à un trapézite chargé de la perception de l'impôt foncier, pour que celui-ci pût faire sur les rôles des contributions les changements que l'aliénation rendait nécessaires. — Trois documents, publiés par M. Brunet de Presle, dans la collection des papyrus grecs du Louvre et de la Bibliothèque nationale, donnent une idée exacte des énonciations que le trapézite portait sur son registre (1). Elles étaient suffisantes pour que l'acquéreur, qui plus tard perdait son titre de propriété, pût suppléer à la production de l'acte original par la présentation d'un extrait du registre tenu par le trapézite (2).

A côté de ce premier enregistrement, les contrats offrent quelquefois une autre mention, plus sommaire, d'une écriture différente, attestant que l'acte a été transcrit par un fonctionnaire qui prend le titre de « chargé du greffe, » ὁ πρὸς τῷ γραφίῳ. — En effet, sous le règne de Philométor ou d'Évergète, un magistrat, nommé Ariston, avait prescrit d'enregistrer les contrats égyptiens; nous possédons aujourd'hui une lettre curieuse dans laquelle Paniscus, l'un des greffiers chargés de cet enregistrement, rendit compte à Ptolémée de la manière dont les instructions d'Ariston étaient exécutées par lui et par ses collègues : « Ils font décrire par un scribe le contrat qui leur est présenté; puis, ils indiquent les noms des contractants et ceux de leurs parents; ils analysent sommairement l'opération qui a été faite; ils attestent par leur signature que l'enregistrement a eu lieu; ils men-

(1) *Notices et extraits des manuscrits*, t. XVIII, 2e partie, p. 151 et 225.

(2) V. Peyron, *Papyri Græci Taurinensis Musæi*, I, p. 148.

tionnent enfin la date du contrat et celle de l'enregistrement» (1). — Ces formalités remplies sur leurs registres, ils insèrent dans l'acte original une courte phrase annonçant que toutes les prescriptions ont été observées : Ἀπολλώνιος ὁ πρὸς τῷ γρ. κεχρ. Λμδ' μεσορὴ ἐπαγομένῳ β. La formule κεχρημάτικα est quelquefois remplacée par celle-ci ; μετείληφα εἰς ἀναγραφήν (2).

L'enregistrement s'appelait, dans le premier cas, chez le trapézite, διαγραφή ; dans le second cas, chez le greffier, ἀναγραφή.

Y avait-il quelque chose d'analogue à Athènes ? — « Il était ordinaire, nous dit le grammairien Hésychius, de porter à la connaissance du public, par des inscriptions sur des tablettes blanches ou sur des planches de bois enduites de craie, les ventes de fonds de terre ou d'esclaves. L'inscription comprenait la désignation du bien ou de l'esclave et le nom de l'acheteur. Elle avait cette utilité que, lorsqu'une personne voulait contester les droits de l'acquéreur, celui-ci n'avait aucune inquiétude ; il lui suffisait, en effet de se référer aux tablettes » (3). — Il est probable toutefois que la formalité décrite par Hésychius se confondait avec l'ἀναγραφή ou transcription, dont nous avons longuement parlé plus haut, et pour laquelle l'acheteur déposait un droit de 1 p. 100.

IV. — Les grammairiens parlent de taxes qui étaient perçues à l'occasion des ventes et qu'ils désignent sous le nom d'ἐπώνια : τὰ καταβαλλόμενα ὑπὲρ τῶν πιπρασκομένων τέλη ἐπώνια λέγουσιν (4). — La proportion de l'impôt avec

(1) *Notices et extraits*, p. 357.

(2) Peyron, *Papyri Græci*, I, p. 151-152. — *Notices et extraits*, p. 225.

(3) Hésychius, vis ἐν λευκώμασιν, éd. Alberti, p. 1248.

(4) Pollux, *Onomasticon*, VII, 15.

le prix de vente devait varier suivant les cas. Aussi, tandis qu'Harpocration fait allusion à un droit de 20 p. 100: τέλος ἐστὶ τὸ ἐπὶ τῇ ὠνῇ διδόμενον, εἴη δ' ἂν ἴσως ἡ πέμπτη (1), l'auteur anonyme de l'un des Lexiques de Séguier cite comme exemple d'ἐπώνια les droits de 1 p. 100 : ἐπώνια τὰ ἐπὶ τῇ ὠνῇ προσκαταβαλλόμενα, ὥσπερ ἑκάτοσταί τινες (2).

Il nous paraît bien résulter de tous ces textes que les ἐπώνια étaient un véritable droit de mutation. — L'opinion de Bake, qui ne voulait voir dans les ἐπώνια qu'un versement anticipé fourni à titre de cautionnement par les fermiers des impôts (3), n'a pas, à notre connaissance, rencontré d'adhérents.

Les détails nous manquent, d'ailleurs, sur la perception de cette espèce d'impôts. Nous savons seulement, soit par le témoignage de Théophraste, soit par celui des inscriptions, que, pour la vente des immeubles, l'État percevait, à Athènes, un droit de 1 p. 100 : Ἔνιοι δὲ... καθάπερ Ἀθήνησι... κελεύουσι τὸν πριάμενον ἑκατοστὴν τιθέναι τῆς τιμῆς (4).

Nous devons dire, toutefois, que M. Büchsenschütz, s'appuyant sur quelques-uns des termes employés par Théophraste, a exprimé, d'une façon dubitative, l'opinion que l'ἑκατοστή, exigée pour les ventes immobilières, n'était pas une taxe profitant à l'État, mais bien une sorte de caution judiciaire, « eine Art von gerichtlicher Caution (5), » destinée, sans doute (l'auteur ne développe pas

(1) Harpocration et Suidas, v° ἐπώνια. — Cf. l'*Etymologicum magnum*, 368, 30.

(2) Bekker, *Anecdota græca*, I, p. 255.

(3) Bake, *Scholica hypomnemata*, IV, p. 273.

(4) Stobée, *Florilegium*, 44, 22. — Rangabé, *Antiquités hellèniques*, n°s 877, 878 et 2342.

(5) Büchsenschütz, *Besitz und Erwerb*, p. 557, note 4.

sa pensée), à garantir les tiers qui élèveraient plus tard des contestations sur la régularité de la vente, et qui obtiendraient des dommages et intérêts (1).

Si cette opinion était conforme à la vérité, l'ἑκατοστή aurait dû être mise à la charge du vendeur, qui seul, en principe, peut être tenu d'une obligation envers les tiers; il aurait fallu dire au moins que l'acquéreur payerait l'ἑκατοστή en déduction de son prix d'acquisition. — D'après les textes, au contraire, c'est l'acheteur qui est débiteur du centième; il le paye lorsqu'il fait remplir les formalités de transcription, et il n'en reste pas moins débiteur envers le vendeur de toute la somme fixée par le contrat. — Nous croyons donc, et nous sommes en cela d'accord avec Bœckh (2), que l'ἑκατοστή des ventes immobilières était un véritable droit de mutation.

E. Caillemer,
Professeur à la Faculté de droit de Grenoble

(1) Cf. Hofmann, *Beitræge*, p. 80, note 16.
(2) Bœckh, *Staatshaushaltung des Athener*, 2e éd. I, p. 440.

— *La suite à une prochaine livraison.* —

DES

CONDITIONS DE LA NOVATION

D'APRÈS LES

INSTITUTES DE GAIUS.

C'est toujours au livre de Gaïus qu'il faut recourir, si l'on veut savoir ce qu'était le droit romain avant sa décadence, et il est assurément fort regrettable pour la science qu'un document si précieux n'ait été découvert que si tard. Au temps où l'étude des lois romaines était populaire et florissante, au temps des Cujas et des Doneau, le manuscrit de Gaïus gisait ignoré dans la bibliothèque d'un couvent, et ces grands romanistes, qui resteront à toujours les maîtres de la science, n'entrevirent le droit classique de l'ancienne Rome qu'à travers les traductions infidèles des compilateurs du Bas-Empire. C'est d'après ces documents si insuffisants et parfois si trompeurs que s'est formé l'enseignement traditionnel qui, il y a quarante ans à peine, régnait sans partage dans nos écoles. Aujourd'hui encore, l'on n'ose s'avouer que tout est à refaire dans une œuvre qui semblait pour toujours achevée; l'on hésite à remettre en question des doctrines consacrées par une tradition séculaire. Il le faut cependant : si nous voulons parvenir à comprendre le livre de Gaïus, il faut nous y prendre à peu près comme Niebuhr s'y prit pour parvenir à le lire. Pour faire reparaître sur le palimpseste l'écriture primitive, il dut, on le sait, effacer d'abord les caractères plus récents qui la couvraient. Nous devons, nous aussi, quand nous

ouvrons Gaïus, oublier pour un instant tout ce que l'enseignement traditionnel nous avait appris, et effacer de notre esprit ce droit romain de formation plus récente qui, se superposant au droit classique, le dérobe à nos regards.

Je vais essayer d'appliquer cette méthode à un sujet que j'ai déjà abordé une première fois dans cette *Revue* (1). Dans un précédent article, j'ai cherché à établir que la novation de l'ancien droit romain n'avait rien de commun avec la novation de notre droit moderne. Je voudrais aujourd'hui compléter cette preuve en l'appuyant sur les témoignages des anciens jurisconsultes, et principalement sur celui de Gaïus. S'il est une matière du droit classique où l'on doive tenir les témoignages du *Corpus juris* pour suspects et celui de Gaïus pour décisif, c'est à coup sûr la novation. Justinien lui-même a pris soin de nous en avertir : il a, en cette matière, beaucoup corrigé, beaucoup supprimé : « Novationum nocentia corrigentes vo« lumina et veteris juris ambiguitates resecantes... » (2). Nous pouvons donc nous attendre à ne retrouver dans le Digeste que des fragments souvent défigurés de la théorie primitive; l'ensemble de cette théorie, nous ne le retrouverons que dans Gaïus.

Comment Gaïus définit-il la novation ? Suivant la méthode habituelle des jurisconsultes romains, il commence par nous donner, non pas une définition abstraite, mais un exemple. Il y a novation, nous dit-il, « si, par exemple, je stipule de Titius qu'il me donnera ce que vous me devez; car, par l'intervention d'une personne nouvelle, une obligation nouvelle prend naissance, et la

(1) Voyez *supra*, p. 113 et suiv.
(2) L. 8, C. *de novat.*, VIII, 42.

première disparaît pour passer dans la seconde » (1). Toute la théorie de la novation est en substance dans ces quelques lignes : nous y trouvons à la fois, d'abord quelles sont les conditions nécessaires pour que la novation s'accomplisse, ensuite quels sont les effets de la novation quand elle s'accomplit.

D'abord les conditions de la novation. Il y a novation, dit Gaïus, « si je stipule d'une personne nouvelle ce que vous me devez ». J'aperçois là trois conditions bien distinctes : 1° je stipule : il faut une stipulation ; 2° je stipule d'une personne nouvelle : il faut que cette stipulation s'adresse à un nouveau débiteur, ou, d'une manière plus générale, comme Gaïus a soin de l'indiquer dans la suite du texte (2), il faut qu'elle contienne quelque chose de nouveau ; 3° je stipule ce que vous me devez : il faut que cette stipulation ait pour objet la même chose qui était déjà due.

Telles sont les trois conditions que Gaïus semble exiger. A ce premier exemple il en ajoute plusieurs autres (3). Parcourez-les tous jusqu'au dernier : quelque divers qu'ils soient, vous y retrouverez toujours ces trois mêmes conditions et rien de plus (4). Si ces exemples sont bien choisis, si l'exposition de Gaïus n'est pas incomplète et fautive, nous sommes dès à présent autorisé à en conclure que ces trois conditions sont à la fois nécessaires et suffisantes : nécessaires, ainsi aucun acte autre que la stipulation, ni l'*expensilatio*, ni la *litiscontestatio*, ni le constitut,

(1) Gaïus, III, 176 : « Præterea novatione tollitur obligatio, « veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim ; « nam interventu novæ personæ nova nascitur obligatio, et « prima tollitur translata in posteriorem. »

(2) Gaïus, III, 177.

(3) Gaïus, III, 176-179.

(4) Voyez *infra*, p. 667, note 1.

ne pourrait opérer une novation proprement dite; — suffisantes, ainsi l'*animus novandi*, exigé plus tard comme quatrième condition, est étranger à la théorie de la novation primitive.

Après nous avoir appris comment la novation s'opère, Gaïus nous enseigne quels effets elle produit : « Nova « obligatio nascitur, prima tollitur ». Il y a donc deux effets distincts, mais non pas, comme on pourrait le croire, deux faits isolés et indépendants l'un de l'autre; car, après les avoir distingués, le jurisconsulte les résume et les confond en un fait unique : « Prima transfertur in « posteriorem, — il y a transport de la première obligation à la seconde. » La novation n'est donc autre chose, d'après Gaïus, qu'un moyen de transférer les dettes et les créances, ou encore, comme il le dit ensuite, de les modifier et de les transformer (1).

Telle est dans son ensemble la théorie de la novation que je crois trouver dans Gaïus. Je n'entreprendrai pas ici de l'établir dans toutes ses parties. Je me bornerai à un seul point. J'ai dit que, pour toute novation, trois conditions étaient requises : 1° *stipulatio*, 2° *aliquid novi*, 3° *idem debitum*. Ce n'est pas là l'opinion commune; la plupart des interprètes exigent aussi trois conditions, mais ces conditions sont les suivantes : 1° *stipulatio*, 2° *aliquid novi*, 3° *animus novandi*. On voit que la troisième condition a changé : l'*idem debitum* a disparu, l'*animus novandi* a pris sa place. Telle est la doctrine la plus accréditée. Je vais essayer de la combattre et de prouver successivement : 1° qu'on ne pouvait, en droit romain, nover une dette en en changeant l'objet; 2° que la nova-

(1) J'ai développé cette idée dans mon premier article. Voyez *supra*, p. 136 et suiv.

tion, dans l'ancien droit romain, dépendait de la formule et non de l'intention des parties.

I.

Je dis, en premier lieu, que la novation par changement d'objet est une invention de la jurisprudence moderne. Nover une créance, dans le sens romain du mot, c'était *déduire en stipulation* l'objet de cette créance (1). Si, au lieu de stipuler la chose même qui était déjà due, l'on stipulait autre chose, l'ancienne créance n'était point novée, mais subsistait *ipso jure* à côté de la seconde.

Cette doctrine pourra peut-être sembler nouvelle à quelques-uns de mes lecteurs. Je tiens à déclarer tout d'abord qu'elle ne l'est point et qu'elle peut s'autoriser de quelques-uns des plus grands noms de la jurisprudence. Cette doctrine était celle de Cujas (2), c'était celle de Pothier (3), et aujourd'hui encore, elle compte d'illustres et de nombreux adhérents (4). Tous ces interprètes se sont-

(1) Gaïus, III, 170; LL. 8 § 1, 14, 32, D. *h. t.*

(2) « Est novatio mutatio debitoris vel causæ debendi, mutatio « rei debitæ novationem non facit. » *Paratitla in Dig.* XLVI, 2 (éd. Fabrot, t. I, col. 879). — « Novatio non est si mutetur res,... « sed quasi novatio. » *Comm. ad Papin. L.* 115 § 2, *de V. O.* (t. IV, p. 1, col. 65). — « Prior obligatio quasi novatur, quia non eadem « res vertitur in utraque stipulatione..., novatio autem non est « proprie nisi sit de eadem re. » *Recit. in Dig., ad L.* 28, *de act. empti* (t. VII, col. 833). *Recit in Dig., ad. L.* 44 *fin. de O. et A.* (t. VIII, col. 407).

(3) « Enimvero ad novationis formam id generaliter et maxime « requiritur, ut hoc ipsum quod priori obligatione continebatur, « deducatur in posteriorem. » *Pandectes*, l. XLVI, t. II, n. 19; cf. n. 16, note.

(4) C'est à M. Liebe que revient l'honneur d'avoir fait prévaloir cette doctrine en Allemagne, dans un livre ingénieux et profond, *die Stipulation und das einfache Versprechen*, Brunswick,

ils trompés? C'est ce que va nous apprendre l'examen des textes eux-mêmes.

1.—Et d'abord, en supposant que tous les textes fussent muets sur la question, je prétendrais que leur silence ne peut s'interpréter qu'en ma faveur. Je demanderais aux romanistes modernes qui admettent la novation par changement d'objet, pourquoi Gaïus, loin de citer ce cas en première ligne, comme ils ne manquent jamais de le faire eux-mêmes, n'en a pas seulement fait mention? pourquoi, quand il recherche quels sont, dans la novation, les divers changements possibles et indique jusqu'aux plus controversés, il néglige précisément dans son énumération celui qui eût dû tenir la première place dans tout exposé élémentaire (1)? Je demanderais pourquoi, dans cette volumineuse compilation des Pandectes, où les jurisconsultes romains semblent s'être appliqués à prévoir, pour ainsi dire, toutes les hypothèses possibles, ils ont tous, comme de concert, laissé de côté le cas de novation

1840, p. 158, 338. Chez nous, M. Labbé, sans développer cette doctrine étrangère à son sujet (*de quelques difficultés relatives à la perte de la chose due*, Paris, 1867, p. 38), l'a formulée avec autant de netteté que d'exactitude, et M. Duplessis l'a défendue dans une étude approfondie (*Etude sur la novation*, Paris, 1869).

(1) Il suffit d'examiner avec attention le texte de Gaïus pour se convaincre qu'il a exclusivement en vue le cas où les deux obligations n'ont qu'un seul et même objet. Remarquez notamment ces expressions : *rem amitto*, *res perit* (176, 179) : Gaïus ne suppose pas deux *res* qu'on échange l'une contre l'autre, mais une *res* unique, que l'on déplace et qui périt dans le transport. Voyez surtout le § 179, sur la novation conditionnelle : si Gaïus admet que, en cas de défaillance de la condition, l'ancienne dette puisse être éteinte *exceptionis ope*, c'est qu'il suppose que cette ancienne dette a le même objet que la nouvelle ; car, s'il y avait changement d'objet, Gaïus rejetterait l'*exception*, comme il la rejette lorsqu'il y a changement de personne. L. 30 § 2, D. *de pact.*, II, 14.

le plus frappant? pourquoi, dans les innombrables exemples de novation qu'ils nous donnnent, l'identité d'objet est toujours supposée, soit expressément, soit, ce qui est plus significatif encore, tacitement, comme une chose qui va de soi et qu'on peut sous-entendre (1)? A toutes ces questions il n'est, je crois, qu'une seule réponse possible : si la novation par changement d'objet ne se rencontre nulle part dans les textes, c'est probablement par cette raison bien simple qu'elle n'a jamais existé.

2. — Mais nous n'en sommes pas réduit à cette preuve négative : les jurisconsultes romains ont parlé, et, pour savoir quelle est leur doctrine, il suffit de lire les premiers mots de notre titre : « Novatio est *prioris debiti* in aliam « obligationem *transfusio* atque *translatio* » ; ce qui, littéralement traduit, signifie : « Il y a novation quand *ce qui était dû antérieurement* est *transvasé* et *transporté* dans une obligation nouvelle ». Ainsi le *prius debitum* n'est point mis à néant et *remplacé* par un *debitum novum*; il est seulement *déplacé*. Cette notion, inscrite en tête de notre titre comme un principe fondamental, se reproduit en tous lieux et sous les formes les plus variées. Nous l'avons déjà rencontrée dans Gaïus : « Prima « obligatio tollitur *translata in posteriorem* ». Nous la retrouvons partout au Digeste : « Omnes res *transire in* « *novationem* possunt (l. 2, D., *h. t.*).— Quod non *trans-* « *fertur in causam novationis* jure pristino peti potest (L. 4,

(1) M. Bufnoir a très-bien senti ce qu'il y a là d'étrange et d'inexplicable dans l'opinion commune : « Il est à remarquer que les textes où elle (la règle sur la novation conditionnelle) est rappelée, prévoient l'hypothèse où l'objet dû demeure le même dans l'une et l'autre obligation.... *On a quelque peine à s'expliquer comment les jurisconsultes romains ont été amenés à poser la règle dans une telle hypothèse,* car alors il est sans intérêt de dire que la novation ne se produit pas. » *Théorie de la Condition*, p. 251, 261.

« § 1, D., *de usur.*, XXII, 1). — ... Si novationis causa « id fecissent, ... *tota res in stipulationem translata* vi- « deretur (L. 71, D., *pro socio*, XVII, 2). — Servus (debi- « tus)... *in aliud nomen aliumque statum obligationis* « *transfertur* (L. 17, D., *de cond. furt.*, XIII, 1).— Alienam « obligationem *suscipiunt vel in se transferunt* (L. 1, C., *aa* « *Sc. Vell.*, IV, 29). — Utriusque obligatio *in unius per-* « *sonam a quo nunc stipulamur confluit* (L. 34, § 2, D., *h.t.*) » D'autres textes, exprimant la même idée sous une autre image, disent que nover sa créance, c'est « déduire en une stipulation ce qui vous est dû » (1). D'autres textes enfin représentent la novation par changement de personnne comme une espèce de *succession* (2), et Gaïus, après avoir traité de la mancipation et des autres moyens de transférer les choses corporelles, indique la novation comme le moyen de transfert équivalent pour les dettes et les créances (3).

Ce ne sont encore là que des définitions générales, mais voici des textes plus précis et plus décisifs, qui, prévoyant tout juste le cas où les parties auraient voulu nover leur obligation en en changeant l'objet, déclarent qu'en ce cas la novation est impossible. Avant de reproduire quelques-uns de ces textes, je fais une remarque qui leur est commune à tous : jamais, dans les diverses espèces qu'ils

(1) Gaïus, III, 170; LL. 8 § 1, 14, 32, D. *h. t.*; L. 75 § 6, D. *de V. O.*, XLV, 1 ; L. 3, D. *de resc. vend.*, XVIII, 5.

(2) L. 24, D. *de pec. const.*, XIII, 5 : « .... Si intercessisset stipu- « latio, successisse. » — LL. 3 pr., 12 § 5, D. *qui potiores*, XX, 4.

(3) Gaïus, II, 38 : « Obligationes quoquo modo contractæ nihil « eorum recipiunt : nam quod mihi ab aliquo debetur, id si « velim tibi deberi, nullo eorum modo quibus res corporales ad « alium transferuntur id efficere possumus; sed opus est ut « jubente me tu ab eo stipuleris ; quæ res efficit ut a me liberetur « et incipiat tibi teneri ; quæ dicitur novatio obligationis. »

nous présentent, le changement d'objet n'est absolu, l'impossibilité de la novation eût été en ce cas trop évidente; ce changement est au contraire si minime qu'il eût pu échapper à l'attention du juge ou lui paraître insignifiant. Et cependant, si minime qu'il soit, ce changement, comme on va le voir, suffira presque toujours pour faire obstacle à la novation.

3. — L. 4, D., *h. t.* : « Si ususfructus debitorem meum « delegavero tibi, non novetur obligatio mea ; quamvis « exceptione doli vel in factum tutus debeat esse adversus « me is qui delegatus fuerit ; et non solum donec manet « ejus ususfructus cui delegavi, sed etiam post interitum « ejus videbimus : quia etiam hoc incommodum sentit, si « post mortem meam maneat ei ususfructus. Et hæc « eadem dicenda sunt in qualibet obligatione personæ « cohærenti. »

Voici la paraphrase de cette loi : le propriétaire du fonds Cornélien a promis l'usufruit de ce fonds à Primus ; sur l'ordre de Primus qui le délègue, il va promettre l'usufruit de ce même fonds à Secundus. « Non novetur obli- « gatio », nous dit le jurisconsulte. Pourquoi donc n'y aura-t-il pas novation ? Est-ce que Primus et Secundus n'ont pas stipulé l'un et l'autre la même chose ? La même en apparence, mais non point la même en réalité ; car, suivant qu'il sera dû à Primus ou à Secundus, l'usufruit aura pour mesure la vie de l'un ou la vie de l'autre ; ce n'est donc plus le même usufruit, *idem debitum*, et cela suffit pour que la novation soit impossible (1). Une telle décision atteste d'autant mieux le caractère inflexible du principe qui l'a dictée, qu'elle est ouvertement contraire à l'équité et à l'intention des parties. Ce que les parties

(1) Pothier, *Pandectes, ad h. l.*

avaient voulu, c'est que Secundus devînt créancier à la place de Primus, et ce qui va arriver, c'est que Secundus deviendra créancier sans que Primus cesse de l'être et qu'ainsi le débiteur aura à sa charge deux dettes au lieu d'une. Mais cette iniquité, comme à l'ordinaire, sera réparée par l'intervention du préteur : si Primus, au mépris de sa convention, veut poursuivre son débiteur après l'avoir délégué, ses poursuites viendront se briser contre une exception prétorienne (« exceptione doli vel in factum « tutus esse debet... is qui delegatus fuit »). Cette exception protégera le débiteur, non-seulement tant qu'il fournira l'usufruit à Secundus (« et non solum donec manet « ejus ususfructus cui delegavi »), mais même, ajoute Ulpien avec quelque hésitation, après que Secundus sera mort (« sed etiam post interitum ejus videbimus »). Il est vrai que par là, si Secundus meurt avant Primus, le débiteur trouvera un avantage à avoir changé de créancier, mais il est bien juste qu'il en soit ainsi, puisque ce changement aurait pu tout aussi bien tourner à son désavantage, si Primus était mort le premier (« quia etiam « hoc incommodum sentit (*debitor*), si post mortem meam [*i. e. Primi*] maneat ei [*i.e. Secundo*] ususfructus »). Ainsi la créance de Primus se trouvera éteinte d'une façon définitive, comme l'ont voulu les parties, mais ce sera par pacte et *exceptionis ope*, ce ne sera point par novation. Ulpien, en terminant, généralise sa décision et l'applique à toutes les créances qui, comme la créance d'usufruit, sont inséparables de la personne du créancier (« personæ cohæ- « rent ») (1).

(1) Il faut supposer, pour comprendre ce texte, que Secundus a stipulé en ces termes : « Usumfructum fundi Corneliani spon- « desne ? » auquel cas la stipulation est valable pour obliger, bien qu'elle ne le soit pas pour nover. Si au contraire Secundus

4. — Supposons maintenant un créancier qui stipule, non pas précisément autre chose que ce qui lui est dû, mais une partie de ce qui lui est dû. Il lui était dû un champ avec des fruits récoltés, il stipule *le champ*. A-t-il nové toute la créance? Non, car il n'a pu nover que ce qu'il a stipulé, la créance du champ; quant aux fruits, comme ils n'ont pas été expressément déduits dans la stipulation, la novation n'a pu les atteindre et ils demeurent dus « ex pristina causa : id enim quod non trans- « fertur in causam novationis, jure pristino peti po- « test » (1).

De là des distinctions qui paraîtront aujourd'hui bien subtiles. Si le créancier du fonds Cornélien stipule la moitié ou le quart de ce fonds, il nove sa créance, non pour le tout, mais pour la partie qu'il a stipulée. Mais si le créancier du fonds Cornélien stipule l'usufruit ou la nue-propriété de ce fonds, il ne nove sa créance ni pour le tout, ni même pour partie : car l'usufruit et la propriété ne sont pas, à proprement parler, des *parties* du fonds Cornélien, ce sont plutôt des objets différents (2).

avait dit : « Id quod Primo debes, mihi spondesne? » cette stipulation serait entièrement nulle, car il est impossible à Secundus d'acquérir l'usufruit de Primus, et vous ne pouvez stipuler valablement ce qu'il vous serait impossible d'acquérir. — C'est par ces mêmes principes que doit s'expliquer, à mon sens, la loi 59 § 1, D. *de J. D.*, XXIII, 3. — *Secus* Pellat, *Textes sur la dot*, p. 283.

(1) L. 4 § 1, D. *de usur.*, XXII, 1 ; L. 3 § 1, D. *de act. empti*, XIX, 1.

(2) L. 56 § 7, D. *de V. O.*, XLV, 1 : « Si a te stipulatus fuero « fundum Sempronianum, deinde eumdem fundum detracto usu- « fructu ab alio stipulor, prior stipulatio non novabitur... » Glos. *ad h. l.* : « Quia *aliud* in secunda stipulatione venit quam « in prima. » Doneau, t. XI, *Comm. ad h. l.* — Cette décision est peut-être moins subtile qu'elle n'en a l'air : les deux moitiés valent le tout; mais le droit à l'usufruit et le droit à la nue-pro-

De même si le créancier d'un droit d'*actus* stipule le droit d'*iter*, ou *vice versa*, il ne nove pas sa créance; car, bien que l'*iter* soit, en un certain sens, compris dans l'*actus*, ce sont plutôt deux objets différents : « Sed qui « iter stipulatus actum postea stipuletur, aliud magis sti- « pulatur; aliud est enim iter, aliud actus » (1).

5. — Nous venons de voir qu'un créancier ne peut nover à la fois plusieurs créances qu'en déduisant dans sa stipulation nominativement chacune d'elles. Que faudra-t-il donc décider dans l'hypothèse suivante ? — Un créancier à qui il était dû deux esclaves, Stichus *et* Pamphilus, stipule Stichus *ou* Pamphilus. Les deux créances sont-elles novées l'une et l'autre, ne sont-elles novées ni l'une ni l'autre ? — La question paraît avoir embarrassé les jurisconsultes romains eux-mêmes : « Novatum « utrumque non est », disaient Celsus, Marcellus, Ulpien; « utrumque novatur », répondaient Nératius et Paul (2). Mais ce qu'il importe de remarquer, c'est que ces jurisconsultes, tout en différant sur l'application, étaient d'accord sur le principe. Celsus disait : « L'on n'a

priété, séparés l'un de l'autre, ne valent pas à eux deux le droit à la pleine propriété. L. 126 § 1, D. *de* V. *O.*, XLV, 1.

(1) L. 9 § 2, D. *h. t.* — *Nec obst.* L. 58, D. *de V. O.*, XLV, 1. Cette loi, après avoir reproduit et confirmé quelques-unes des décisions ci-dessus, ajoute : « Nisi in omnibus *novandi animo* « *hoc facere specialiter expresserit;* tunc enim, priore obligatione « exspirante, ex secunda introducitur petitio. » Voici comment j'interprète ce texte : si le créancier, en stipulant la seconde créance, a déclaré par une clause *spéciale* qu'il entendait abandonner la première et *faire novation*, cette première créance sera, non pas novée dans le sens juridique du mot, mais paralysée par une *exceptio pacti*.

(2) LL. 8 § 4, 26, 32, D. *h. t.* On trouvera de plus amples développements sur ces textes dans Salkowski, *zur Lehre v. d. Novation*, Leipzig, 1866, p. 344 et suiv., et Duplessis, *op. cit.*, p. 28 et suiv.

pu nover les deux dettes, puisqu'on a stipulé, non pas les deux choses dues, mais l'une des deux seulement. » Paul disait de son côté : « Utrumque novatur, quia utrumque in posteriorem deducitur obligationem. » Ainsi nous voyons tous les jurisconsultes romains, quelles que fussent leurs divergences, se réunir pour proclamer ce principe, qu'on ne peut nover autre chose que ce que l'on déduit en stipulation.

6. — J'arrive à mon dernier exemple : l'esclave Stichus, qui vous était dû, vient à périr par la faute de votre débiteur. Votre débiteur n'est point libéré, vous pourrez toujours le poursuivre et réclamer Stichus comme s'il vivait encore. Mais pourrez-vous nover votre créance? La question est douteuse, répond le jurisconsulte Paul ; car comment allez-vous formuler votre stipulation ? Stipulerez-vous *l'esclave Stichus?* mais vous ne pouvez stipuler une chose qui n'existe plus ; stipulerez-vous alors la valeur pécuniaire de cet esclave ? mais ce serait stipuler autre chose que ce qui vous était dû ; car c'est l'esclave lui-même et non sa valeur en argent qui faisait l'objet de votre première créance. « Novari autem an possit hæc obligatio dubitationis est, quia neque hominem qui non est, neque pecuniam *quæ non debetur*, stipulari possumus » (1). Si, malgré cette difficulté, Paul se décide à admettre en ce cas la possibilité d'une novation, cela tient à d'autres principes que j'expliquerai un peu plus loin.

Ces textes suffisent amplement, je crois, pour démontrer ma thèse. Mais je ne veux pas me contenter de cette première démonstration. Aux preuves déduites des textes,

(1) L. 91 § 6, D. *de V. O.*, XLV, 1. — Labbé, *de quelques difficultés*, etc., p. 38.

je veux joindre des preuves tirées des principes. Je veux prouver que cette doctrine unanime des jurisconsultes romains n'était point une doctrine arbitraire, qu'elle avait sa raison d'être, et qu'elle tenait à la nature même de la novation, telle que les Romains l'avaient conçue.

La novation romaine peut se définir en deux mots : *stipulatio debiti*, la stipulation de ce qui est déjà dû ; et ces deux mots indiquent les deux différences qui séparent nettement la novation romaine de la novation moderne : 1° il faut une stipulation : il ne suffit pas, comme chez nous, d'une convention quelconque ; convertir un dépôt en un prêt, un louage en une vente, ce n'est point faire une novation romaine ; 2° il faut stipuler la chose même qui est déjà due : le droit romain n'admettait pas, comme le droit moderne, de novation par changement d'objet. Si cette seconde exigence paraît aujourd'hui étrange et inexplicable, je répondrai qu'elle n'est pas plus étrange ni plus inexplicable que la première, et que, si l'on est forcé d'admettre la première (tout le monde l'admet), on est également forcé d'accepter la seconde ; car elles sont liées l'une à l'autre : l'exigence d'un objet identique dans les deux dettes explique et peut seule expliquer, comme on va le voir, l'exigence d'une stipulation.

Si, de tous les contrats, le contrat *verbal* est le seul qui puisse nover une obligation, c'est qu'il est aussi le seul qui puisse changer la forme d'une obligation sans en changer la matière (1). Les autres contrats, tels que le prêt, la vente, le louage, ont chacun, à défaut d'une forme spéciale, leur matière et leur objet spéciaux : pour savoir quel est l'objet juridique de votre dette, il me suffit

(1) Voyez mon premier article, *supra*, p. 119. — Je demande la permission de laisser de côté pour le moment le contrat *littéral*, auquel je me réserve de consacrer une dissertation spéciale.

de savoir que vous êtes un emprunteur, un acheteur, un locataire ; il en résulte que chaque prêt nouveau, chaque vente nouvelle qui se forme doit nécessairement produire les obligations qui lui sont propres, c'est-à-dire des obligations toutes nouvelles par leur matière et leur objet. Au contraire, la stipulation n'est point un contrat qui ait sa matière propre et son objet spécial ; c'est une forme de contracter, et, si j'ose ainsi dire, une forme vide, un moule où l'on peut verser le contenu d'une obligation quelconque ; c'est une sorte de formule exécutoire, d'estampille juridique, qui, apposée sur un contrat, quel qu'il soit, lui imprime un caractère nouveau et le revêt d'une sanction nouvelle. C'est pour cela que le contrat verbal est la seule forme possible de cautionnement (1) ; c'est aussi pour cela qu'il est la seule forme possible de novation. Dans les deux cas, il a pour objet une dette préexistante ; dans les deux cas, on ne peut stipuler autre chose que ce qui était déjà dû.

Pour rendre ces notions plus sensibles, j'ai besoin de prendre un exemple.

Je suppose d'abord qu'un vendeur et un acheteur, avant d'avoir mis leur contrat à exécution, se rétractent et conviennent de remplacer ce contrat de vente par un contrat de louage. Il est évident que, par cette convention, les contractants auront changé l'objet de leur dette : la dette d'un vendeur ou d'un acheteur a un tout autre objet que celle d'un bailleur ou d'un locataire. Il est évident, en second lieu, qu'en changeant ainsi leurs obligations, les contractants n'ont pas fait une novation dans le sens romain du mot. Mais ce qui est moins évident et

(1) Avec le constitut, qui imite la stipulation autant qu'un pacte prétorien peut imiter un contrat civil, on peut faire un quasi-cautionnement, comme on peut faire une quasi-novation.

cependant, à mes yeux, tout aussi certain, c'est que la première de ces deux propositions justifie et peut seule justifier logiquement la seconde. Si la novation est ici une impossibilité logique, c'est que ce changement d'une vente en un louage se décompose en deux actes distincts, la vente qui se dissout, le louage qui se forme, et que ces deux actes ne peuvent avoir entre eux aucun rapport juridique, car ils se suffisent chacun à lui-même et ils portent sur deux objets tout différents (1).

Et maintenant je vais supposer que les parties ont transformé leur contrat d'une tout autre manière : à la place de l'esclave qu'il avait acheté et dont il ne veut plus, l'acheteur stipule du vendeur un cheval. Ici comme tout à l'heure, les contractants ont changé l'objet de la dette; et j'ajoute : ici comme tout à l'heure, la novation est par là même impossible. Comme dans l'exemple précédent, il y a ici deux actes distincts, la stipulation d'une part, la remise de l'ancienne dette de l'autre, et ces deux actes ne peuvent avoir entre eux aucun rapport juridique (2), car ils se suffisent chacun à lui-même, et ils portent sur deux objets tout différents. Ce n'est point l'ancienne dette qui fait l'objet de la stipulation, c'est une dette toute nouvelle ; l'ancienne dette n'a donc point été,

(1) Je résume ici ce que j'ai développé plus haut, p. 15 et suiv.

(2) Sous la loi moderne, il suffirait de l'intention des parties pour unir ces deux actes par une sorte de lien intellectuel. Mais ce lien abstrait ne saurait suffire sous une loi formaliste et matérialiste comme la loi romaine : ici, c'est dans l'unité de la formule que doit apparaître l'unité de l'opération ; il faut qu'une seule formule puisse, d'un seul et même coup, détruire l'ancienne obligation et créer la nouvelle. Or il n'est pour cela qu'une formule possible, c'est celle de la *stipulatio debiti* : « Id quod debetur « spondesne ? » — Voyez aussi mon premier article, p. 115-120.

comme l'exigent les textes, « deducta in stipulationem » ; la stipulation ne l'a point atteinte, elle a pour ainsi dire frappé à côté. Cette dette n'a donc pas été novée et au point de vue du droit civil elle subsiste encore.

Ainsi les textes et les principes sont d'accord, et ma thèse est deux fois démontrée. J'aurais fini, s'il ne me restait encore une objection à réfuter.

On invoque l'analogie qui existe entre la novation et le paiement. « Stipulationem debiti similem esse solu- « tioni existimamus », disent quelque part les jurisconsultes romains (1) ; « res pro re solvi potest », disent-ils ailleurs. Or il suffit de combiner ces deux règles pour en former une troisième : « Rem pro re stipulari possumus ». L'on peut donc nover sa créance en stipulant autre chose que ce qui est dû. — Comment allons-nous échapper à cette conclusion ? par une remarque bien simple : quand un débiteur, pour payer sa dette, fournit à son créancier autre chose que ce qu'il lui doit, il ne fait point un paiement proprement dit (2), il fait un acte analogue au paiement, une *datio in solutum*, comme l'ont appelé les interprètes, et, s'il se libère, ce ne peut être, du moins d'après la doctrine la plus exacte (3), que d'une manière indirecte, *exceptionis ope*. Or il en est exactement de même de la novation : si le débiteur, pour nover sa dette, pro-

(1) L. 31 § 1, D. *h. t.* ; L. 56 § 7, D. *de V, O.*, XLV, 1.

(2) Gaïus, III, 168 : « Tollitur autem obligatio præcipue solutione *ejus quod debeatur.* »

(3) Ce n'est pas seulement la doctrine des Proculiens, mais aussi, comme l'a fort bien démontré M. Demangeat (*Cours élém.*, t. II, p. 426), celle d'Ulpien (L. 24, D. *de pign. act.*, XIII, 7) et des constitutions. LL. 4, C. *de evict.*, VIII, 45 ; 1, C. *de rer. perm.*, IV, — « Je crois, dit M. Demangeat en terminant sa dissertation, que c'est à cette doctrine des Proculiens que Justinien aurait dû s'arrêter. »

met à son créancier autre chose que ce qu'il lui doit, il ne fait pas une novation proprement dite, il fait un acte analogue à la novation, et, s'il se libère, ce ne peut être que d'une manière indirecte, *exceptionis ope*. Il est vrai que d'autres jurisconsultes, moins rigoureux dans leur méthode et moins précis dans leur langage, confondaient, ce semble, la *datio in solutum* avec le paiement proprement dit. Cela ne doit point nous étonner, puisque ces mêmes jurisconsultes, nous dit Gaïus, n'avaient point su distinguer la vente d'avec l'échange (1). Mais si, pour des actes comme la vente et le paiement, qui n'ont point de formes précises et arrêtées, une telle confusion était possible, elle était impossible pour la novation : car la novation se renferme en une forme invariable ; c'est dans une formule sacramentelle que l'objet de la dette doit être déduit. Comment la substitution d'un objet à un autre aurait-elle pu trouver place dans cette étroite et rigide formule, puisque, dans le constitut même, affranchi qu'il était de toute forme gênante, cette substitution paraît n'avoir été admise qu'à la longue et avec difficulté (2) ?

(1) C'étaient les Sabiniens. Gaïus, III, 141, 168.

(2) L. 1 § 5, D. *de pec. const.*, XIII, 5 : « An potest aliud constitui quam quod debetur *quæsitum est* ; sed cum *jam* placet rem « pro re solvi posse, nihil prohibet et aliud pro debito constitui : « denique si quis centum debens frumentum *ejusdem pretii* « constituat, *puto* valere constitutum. »

On suivait la même doctrine équitable dans le cas où une femme, épousant son débiteur et constituant en dot l'objet de sa créance, transformait ainsi cette créance en créance dotale ; car tout ce qui concernait les créances dotales (*res uxoria*) se réglait d'après l'équité. L. 25, D., *de J. D.* XXIII, 3: « Si ei nuptura mulier « qui Stichum debebat, ita cum eo pacta est, *pro Sticho quem mihi « debes*, x *tibi doti erunt*; secundum id quod placuit, rem pro re « solvi posse, et liberatio contingit, et decem in dotem erunt, quia « et permutatio dotium conventione fieri potest. » Si le mari est

Mais je touche ici, j'en conviens, au côté faible de mon principe : s'il est logique, il est inique, et jamais il ne se fût imposé à la jurisprudence, sans le formalisme étroit et dur qui pesait sur la novation romaine. Au reste, la jurisprudence savait éluder ce principe, tout en lui rendant hommage, et concilier ainsi, par une heureuse inconséquence, la logique dans la théorie et l'équité dans l'application. Quand un créancier, voulant abandonner sa première créance, stipulait en échange un objet nouveau, sa première créance existait toujours en théorie, mais, paralysée désormais par les exceptions prétoriennes, elle n'existait plus en réalité. En fait, sinon en droit, les parties avaient nové leur créance ; et cette espèce de novation imparfaite, qui n'avait d'autres lois que l'équité et l'intention des parties, devait devenir la novation moderne, tandis que la vraie novation, la novation primitive, issue du formalisme, devait périr avec lui.

II

Je n'ai fait jusqu'ici que constater le principe ; il me reste à en déterminer la signification, à en mesurer la portée. Il faut, dans toute novation, « duæ obligationes, « idem debitum » ; telle est notre règle, et je crois l'avoir suffisamment démontrée ; mais que signifient au juste,

ici libéré, soit par exception, soit de plein droit (*liberatio contingit?*) ce n'est pas par l'effet du pacte, mais par l'effet d'un paiement fictif : le mari est censé avoir payé à la femme, et la femme avoir rendu au mari à titre de dot ce qu'elle avait reçu de lui à titre de paiement. L. 77, *eod. t.* ; L. 9, D. *de fundo dot.*, XXIII, 5, et Demangeat, *du Fonds dotal*, p. 273. Puisqu'il y a ici paiement, sinon réel, du moins fictif, il est logique d'appliquer les règles du paiement et d'admettre la possibilité d'une *datio in solutum*. — On voit par là que ce cas n'a rien de commun avec la novation. Voyez Pellat, *Textes sur la dot*, p. 395.

dans la langue des jurisconsultes romains, ces deux mots : « idem debitum » ? c'est ce qui va faire maintenant l'objet de nos recherches.

Avant de discuter la question, je veux montrer d'abord quelle en est l'étendue et l'importance. Ce phénomène, de deux obligations différentes ayant un seul et même objet, n'est pas nouveau dans la législation romaine. Si Primus et Secundus, en réponse à une même stipulation, promettent en même temps une même chose, ou si Secundus vient après coup cautionner la dette de Primus, dans ces deux cas et dans bien d'autres encore qu'il est inutile d'énumérer (1), il y a deux débiteurs, *duo rei*, par suite deux obligations différentes, et cependant « unum debitum, idem debitum » (2). C'est donc le phénomène de la novation qui se reproduit ici, avec cette seule différence que, dans la novation, les deux obligations sont successives, tandis qu'ici elles sont simultanées et coexistantes. Les deux cas sont, d'ailleurs, dans une étroite connexité, et c'est, comme on va le voir, un même principe général qui les domine l'un et l'autre.

Ce principe est bien connu de nos lecteurs. « Bis de « eadem re ne sit actio, » disaient les lois romaines (3) :

(1) Par exemple, lorsque le père répond des dettes contractées par son fils (actions *quod jussu*, *de peculio*, etc.), le mandant, des dettes contractées par son mandataire (actions *exercitoria*, *institoria*). Voyez aussi L. 9, D. *de duobus r.*, XLV, 2. — Ce sont les divers cas de *corréalité*, pour employer l'expression barbare usitée parmi les interprètes modernes.

(2) « Duo rei ejusdem pecuniæ, ejusdem debiti. » L. 12 § 3, D. *de inoff. test.*, V, 2 ; LL. 9, 21 § 5, D. *de pact.*, II, 14 ; LL. 21 § 4 71, D. *de fidej.*, XLVI, 1. L'expression « duo rei ejusdem obliga- « tionis » (L. 116, D. *de V. O.*, XLV, 1 ; L. 16, D. *de accept.*, XLVI, 4), est moins exacte : l'obligation étant inséparable de la personne, il ne peut y avoir deux débiteurs sans qu'il y ait par là même deux obligations.

(3) Quintilien, *Instit.*, VII, 6, 4.

on ne peut jamais en justice demander deux fois la même chose. Si donc la même chose fait l'objet de deux créances, si, par exemple, elle est promise et par Primus et par Secundus, le créancier ne peut réclamer à la fois ces deux créances, il ne peut poursuivre à la fois ces deux débiteurs ; il faut qu'il choisisse entre les deux.

Ce choix, il peut le faire à deux époques différentes : — 1° Il est possible qu'il n'ait stipulé de Secundus que pour changer de débiteur, auquel cas il a consommé son choix en stipulant ; c'est précisément le cas de la novation. — 2° Il est possible qu'il n'ait stipulé de Secundus que pour se ménager le choix entre deux débiteurs, auquel cas son choix ne sera consommé qu'au jour où il aura agi en justice ; en attendant, il aura sous la main deux sûretés au lieu d'une ; en attendant, Primus et Secundus seront « duo « rei ejusdem debiti. » C'est le cas que je décrivais tout à l'heure.

Mais que le créancier fasse son choix à un moment ou à l'autre, notre règle générale s'applique toujours avec la même énergie. Dans les deux cas, en choisissant, il épuise son droit tout entier ; choisir l'une des deux créances, c'est rejeter l'autre, et la créance rejetée est définitivement éteinte. Elle est éteinte dans le premier cas par la novation ; elle est éteinte dans le second par la *litiscontestatio*, c'est-à-dire par une sorte de novation judiciaire (1). Mais dans le premier cas comme dans le second, elle est éteinte en vertu du même principe : c'est que, quand deux créances ont un même objet, « idem debitum », il faut que tôt ou tard l'une des deux soit absorbée et détruite par l'autre.

La question de savoir si deux créances ont ou non le même objet, est donc intéressante à un double point de

(1) Voyez *supra*.

vue, au point de vue de la novation et au point de vue de la *litiscontestatio;* et je n'hésite pas à dire qu'envisagée sous ce double aspect, cette question est une des plus importantes et en même temps une des plus difficiles que l'étude du droit romain puisse présenter (1). Aussi n'ai-je pas l'ambition de la traiter ici dans toute son étendue ; il me suffira de poser quelques principes généraux et de relever, parmi les questions d'application et de détail, celles qui se rapportent plus directement à l'objet spécial de cette étude.

Que signifient ces mots *idem debitum*, *unum debitum*? Tel est le problème. Voici les principales règles qui peuvent servir à le résoudre.

1° Les mots *idem debitum* ne signifient point *eadem obligatio*, *eadem actio* (2). Gardons-nous ici d'une confusion dans laquelle sont tombés bien des auteurs modernes, et que les Romains eux-mêmes n'ont pas toujours évitée, du moins dans leur langage (3). Il se peut que deux obligations, que deux actions aient exactement le même objet, bien qu'elles diffèrent d'ailleurs par leur forme et par leur nature, bien que l'une soit, par exemple, une action de droit strict, l'autre une action de bonne foi ; il se peut que ces deux actions ne soient que deux

(1) La difficulté tient surtout à ce que, sous Justinien, la *litiscontestatio* avait perdu son effet extinctif, et la question de l'*idem debitum* dans la novation avait perdu à peu près toute importance pratique. Les textes sur ce point ont donc été, pour la plupart, rejetés ou mutilés par les compilateurs des Pandectes.

(2) La règle « bis de eadem re ne sit actio », ne serait plus qu'une battologie, si, comme le prétend M. de Bethmann-Hollweg (*Civilprozesz*, t. II, p. 494), les mots *res* et *actio* avaient l'un et l'autre le même sens.

(3) Ils emploient parfois les mots *eadem actio*, *eadem obligatio*, comme synonymes de *idem debitum*. L. 9, D. *de pact.*, II, 14 ; L. 71, D. *de fidej.*, XLVI, 1 ; et *supra*, p. 691 note 2.

procédures diverses pour intenter la même demande, deux chemins divers pour arriver au même but. « Rec« teque ita definietur, » dit à ce sujet Ulpien, « eum « demum de eadem re non agere qui prorsus rem ipsam « non persequitur : cæterum quum quis actionem mutat « et experitur, dummodo de eadem re experiatur, etsi « diverso genere actionis, quam instituit, videtur de « ea re agere » (1).

C'est grâce à ce principe qu'une obligation de bonne foi est susceptible d'être cautionnée et d'être novée, bien que le cautionnement et la novation ne puissent s'opérer que par un contrat verbal, c'est-à-dire par un contrat de droit strict : le débiteur principal et la caution, bien qu'obligés, l'un *ex bona fide*, l'autre *stricto jure*, n'en sont pas moins *duo rei ejusdem debiti* ; de même, dans la novation, l'ancienne obligation et la nouvelle, bien qu'étant, l'une de bonne foi, l'autre de droit strict, n'en ont pas moins un seul et même objet.

2° Les mots *idem debitum* ne signifient pas non plus *eadem res*, *idem corpus*, le même objet *matériel*. Ici encore prenons garde de nous laisser égarer par le langage équivoque des jurisconsultes romains : le mot *res* dans leur langue a un sens tout aussi vague que le mot *chose* dans la nôtre (2). Ce qui est certain, c'est que la même *chose*, dans le sens vulgaire du mot, la même

(1) L. 5, D. *de exc. r. j.*, XLIV, 2. Bien que la décision de ce texte ne se rapporte, je crois, qu'au *vadimonium*, le principe général qui la motive n'en est pas moins applicable ici. Voyez d'ailleurs L. 7 § 4, *eod. tit.* (*vel alio genere judicii*) ; L. 28 § 4, D. *de jurej.*, XII, 2. Keller, *über Litiscontestatio*, p. 241 et suiv.

(2) Les mots *eadem res* sont souvent employés comme synonymes de *idem debitum*, *idem jus*, notamment dans la règle « bis « de eadem re ne sit actio. » Voyez LL. 12, 13, D. *de exc. r. j.*, XLIV, 2.

maison, le même champ, le même esclave, peut faire l'objet de plusieurs obligations *entièrement* différentes, en sorte que ces obligations, tout en ayant le même objet matériel, n'auront nullement le même objet juridique. Comme l'a dit excellemment le jurisconsulte Paul, « non « amplius quam semel res mea esse potest, sæpius autem « deberi potest » (1).

Supposons, par exemple, avec Ulpien qu'un vendeur ait successivement vendu la même chose à deux acheteurs différents : les deux obligations auront un seul et même objet matériel, mais elles n'auront point un seul et même objet juridique, et le vendeur pourra être actionné successivement par chacun des deux acheteurs. Supposons, à l'inverse, qu'un acheteur, ignorant peut-être quel est le vrai propriétaire de l'objet qu'il veut acquérir, achète successivement cet objet de deux vendeurs différents : ces deux vendeurs devront le même objet matériel, mais ils ne devront point la même prestation juridique, ils ne seront point « duo rei ejusdem de- « biti », et l'acheteur pourra agir successivement contre chacun d'eux (2).

(1) L. 14 § 2, *eod. tit.*

(2) L. 10, D. *de act. empti*, XIX, 1. Voyez aussi L. 18, D. *de O. et A.*, XLIV, 7, et Liebe, *die Stipulation*, p. 162.

Cette distinction entre l'objet matériel et l'objet juridique de la dette ne pourrait-elle pas expliquer la distinction si célèbre à l'école entre la *solidarité simple* ou *imparfaite* et la *corréalité* (Voyez Demangeat, *des oblig. solid.*, p. 182 et suiv.) ? Si, par exemple, deux cotuteurs négligent, chacun de son côté, les intérêts de leur pupille, ne peut-on pas dire que, s'ils doivent une seule et même chose matérielle, une seule et même somme d'argent, ils ne doivent cependant pas *idem debitum*, car chacun est responsable pour la faute qui lui est propre, à peu près comme, dans l'espèce précédente, chaque vendeur était tenu pour la vente qu'il avait séparément contractée? Ne pourrait-on pas en dire

3° Les deux règles que je viens de poser circonscrivent et définissent la notion de l'*idem debitum*. L'identité d'obligation et d'action n'est pas nécessaire ; l'identité matérielle de la chose due n'est pas suffisante. Le *debitum*, ce n'est ni l'obligation elle-même, ni l'objet matériel de l'obligation, c'est son objet juridique, c'est la prestation qu'on peut exiger du débiteur (1).

Cette définition est encore assez élastique : entre les deux limites que je viens de tracer, il reste encore un large champ ouvert aux controverses. Les jurisconsultes romains se sont engagés sur ce terrain dans un dédale de questions subtiles où je n'essayerai pas de les suivre. Je veux seulement, parmi ces questions sans nombre, en relever deux ou trois plus importantes, afin de montrer, par quelques exemples, comment s'appliquait notre règle dans la jurisprudence romaine.

1. — La seule prestation qu'on pût exiger d'un débiteur, à défaut d'exécution volontaire, c'était le paiement d'une indemnité, d'une somme d'argent. Que le créancier eût stipulé une maison, un champ, un esclave, peu importe : jamais, dans la procédure romaine, il ne pouvait obtenir d'autre condamnation contre le débiteur récalcitrant qu'une condamnation pécuniaire : « Quanti « ea res erit, tantam pecuniam condemna » (2). Ne peut-

autant des codépositaires, etc.? L. 1 § 43, D. *depos.*, XVI, 3; L. 15, D. *de tut. et rat.*, 27, 3. — Mais je ne puis débattre et je n'ose trancher, dans une courte note, une question si grosse de difficultés.

(1) L. 3, D. *de O. et A.*, XLIV, 7 : « Obligationum substantia « non in eo consistit ut aliquod *corpus* nostrum... faciat, sed ut « alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel « præstandum. » C'est ce *dare*, *facere*, *præstare*, qui est l'objet juridique de l'obligation.

(2) Gaïus, IV, 48-51. Cpr. Code Civil, art. 1142 : « Toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et

on pas en conclure que c'est cette estimation pécuniaire, ce « quanti res erit », qui fait au fond le véritable objet l'objet juridique de la créance, et que, si un créancier, après avoir stipulé un esclave, stipule ensuite la valeur de cet esclave, « quanti is servus erit », ce créancier a stipulé deux fois le même objet juridique, *idem debitum* ?

Nous rencontrons dans les textes un exemple fort ancien d'une stipulation ainsi formulée. Un contemporain de Cicéron, Aquilius Gallus, fort habile, paraît-il, dans l'art de composer des formules (1), en avait inventé une à l'usage des parties qui voulaient, par désistement ou par transaction, régler à la fois tous leurs différends. C'était une sorte de *stipulatio debiti* générale, qui, enveloppant dans une seule formule tous les droits, toutes les prétentions du créancier, les transformait en une seule créance verbale, qui pouvait ensuite s'éteindre par une acceptilation. Arrêtons-nous un instant sur cette formule : c'est le seul modèle de novation, intégral et authentique, que les auteurs anciens nous aient transmis :

« Quicquid te mihi ex quacumque causa dare facere « oportet, oportebit, præsens in diemve, quarumque « rerum mihi tecum actio, quæque abs te petitio, vel « adversus te persecutio est, erit, quodve tu meum habes, « tenes, possides, possideresve, dolove malo fecisti quo « minus possideas : *quanti quæque earum rerum res erit,*

intérêts, en cas d'inexécution de la part du débiteur. » Ce que la loi moderne dit de l'obligation de faire, les jurisconsultes romains, avec leur rigueur de logique habituelle, le disaient de toute obligation, car toute obligation a pour objet immédiat une prestation, c'est-à-dire un fait du débiteur.

(1) Il avait composé aussi une formule pour l'institution de *postumes siens*. Voyez L. 29. D. *de lib. et post.*, XXVIII, 2.

« tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, « spopondit Numerius Negidius » (1).

Telle était la *stipulation aquilienne*, c'est ainsi qu'on l'appelait du nom de son inventeur. Bien des interprètes (2) n'ont pas su comprendre à quels besoins pratiques cette invention venait répondre, quel progrès elle venait réaliser. C'est que, pour le comprendre, il faut accepter d'abord le principe que je cherche à établir dans cette étude : on ne peut nover que ce qu'on a déduit, en termes exprès et spéciaux, dans la formule de la stipulation. Avec un tel principe, toute novation générale, toute acceptilation ou quittance générale était impossible, et c'est cette prohibition gênante que l'ingénieuse formule d'Aquilius Gallus réussit à éluder. Tout s'explique dès lors dans la rédaction de cette formule, si prolixe en apparence : suivant l'usage constant des jurisconsultes romains, Aquilius se tient aussi prêt que possible de la règle qu'il élude, et, si sa formule est générale, c'est que toutes les espèces de créances, toutes les espèces d'actions possibles, y sont *spécialement* relatées.

Dans cette énumération, l'on voit figurer avec surprise jusqu'à des actions réelles : «quæque adversus te *petitio*...» Pourtant la novation n'éteint que les créances ; une stipulation ne peut pas plus faire perdre le droit réel, le droit de propriété, qu'elle ne le peut faire acquérir. Aussi n'est-ce pas le droit réel qui est nové par la stipulation aquilienne, c'est l'action réelle, ce qui est bien différent ; car toute action, même réelle, une fois qu'elle est intentée,

(1) L. 18, D. *de accept.*, XLVI, 4 ; § 2, J. *q. m. toll. obl.*, III, 29. Sur les détails de cette formule, voyez Ortolan, *Instituts*, t. III, n° 1690.

(2) Voyez notamment Etienne Pasquier, *Institutes*, L. III, ch. 67, *de aquiliana stipulatione* (éd. Ch. Giraud, p. 735 et suiv.)

établit un rapport personnel, un lien d'obligation entre les deux plaideurs : « Sicut stipulatione, ita judicio con- « trahitur » (1). Au moment de la *litiscontestatio*, au moment où le préteur délivre aux parties leur formule d'action, leur droit primitif, personnel ou réel, fait place au droit nouveau inscrit dans la formule. Or quelle est la formule de l'action réelle ? « Si paret illam rem... Auli « Agerii esse, neque eam Numerius Negidius Aulo Agerio « restituit, quanti ea res erit, tantam pecuniam Numerium « Negidium Aulo Agerio condemna » (2). Le droit qu'une telle formule confère à Aulus Agerius n'est évidemment qu'un droit personnel contre Numerius Negidius, c'est un véritable droit de créance. Ce droit peut donc être nové ; il peut être nové d'avance, puisqu'on peut nover par avance les créances futures (3). Or je dis que ce droit est nové d'avance par la formule aquilienne, et c'est pour cela que cette formule est exactement calquée sur la formule du procès : « Quanti quæque earum rerum res erit, « tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spo- « pondit Numerius Negidius. » Ces noms seuls, Aulus Agerius, Numerius Negidius, suffiraient pour indiquer qu'il s'agit ici de deux plaideurs (4), qui, au moment d'engager le litige, se décident à couper court à tous leurs différends, en novant et abandonnant par avance toutes les actions qu'ils pourraient intenter.

Ainsi interprétée, la formule d'Aquilius Gallus ne tranche pas précisément notre question : peut-on nover

(1) L. 3 § 11, D. *de pecul.*, XV, 1.

(2) Pellat, *de la Propriété*, p. 29 ; Keller, *rœm. civil proc.*, § 28 ; Rudorff, *Edicti perp. reliq.*, § 61.

(3) L. 8 § 2, D. *h. t.*

(4) Sur le sens de ces noms, voyez Puchta, *Instit.*, II, § 164, note *a*. — Cpr. cependant L. 41 § 2, D. *de usur.*, XXII, 1.

sa créance en stipulant, non pas la chose même qui est due, mais sa valeur? — Aussi trois siècles plus tard cette question était-elle encore débattue : c'est ce qui résulte d'un fragment de Paul que j'ai déjà cité (1). Après quelque hésitation, Paul finit par se décider pour la solution la plus équitable : « Ego puto novationem fieri « posse, si hoc actum inter partes sit, quod et Juliano « placet. » Cette doctrine semble avoir prévalu en jurisprudence. Du moins la retrouvons-nous dans un fragment de Papinien (2), dont voici le sens général.

J'avais stipulé le fonds Cornélien, je stipule ensuite la valeur actuelle de ce fonds, « quanti fundus est ». Y aura-t-il novation? La question peut sembler douteuse, car il y a entre les deux choses stipulées une différence bien réelle : en stipulant le fonds Cornélien, j'avais stipulé une valeur variable, car la valeur d'un fonds peut, d'un moment à l'autre, augmenter ou diminuer; en stipulant « quanti fundus est », ce que vaut ce fonds *aujourd'hui*, je stipule une valeur invariable et je rejette tous les risques de détérioration ou de perte à la charge de mon débiteur. Que dirons-nous donc? les deux stipulations ont-elles le même objet ou deux objets différents? Dans le doute, le jurisconsulte propose une distinction bien raisonnable : tout dépendra, dit-il, du point de vue où

(1) L. 91 § 6, D. *de V. O*, XLV, 1.

(2) L. 28, D. *h. t.* : « Fundum Cornelianum stipulatus, *quanti* « *fundus est* postea stipulor. Si non novandi animo secunda stipu- « latio facta est, cessat novatio, secunda vero stipulatio tenet, « ex qua non fundus sed pecunia debetur. Itaque si reus promit- « tendi fundum solvat, secunda stipulatio jure non tollitur, nec « si litem actor ex prima contestetur. Denique, meliore vel dete- « riore facto sine culpa debitoris postea fundo, præsens æstimatio « fundo petito recte consideretur; in altera vero ea æstimatio « venit quæ secundæ stipulationis tempore fuit. »

se sont placés les contractants. Ont-ils entendu nover leur obligation? la novation s'accomplira. Ont-ils entendu contracter une seconde obligation toute différente de la première? les deux obligations vont coexister, et le créancier, après avoir agi en vertu de la première stipulation, pourra encore agir en vertu de la seconde (1).

Ces deux décisions de Papinien présentent, au premier aspect, quelque chose de contradictoire. De deux choses l'une, pourrait-on dire au jurisconsulte : vos deux stipulations portent-elles, oui ou non, sur un seul et même objet? Si vous répondez non, la novation est impossible et votre première décision est fausse; si vous répondez oui, c'est le cumul des deux actions qui est impossible, et c'est votre seconde décision qu'il faut rétracter.

Il est aisé, je crois, d'échapper à ce dilemme : la notion de l'*idem debitum*, je l'ai déjà remarqué, est assez élastique pour que l'interprète puisse, dans une certaine mesure, l'étendre ou la restreindre suivant les inspira-

(1) « Secunda stipulatio *jure* non tollitur, nec si litem actor ex « prima contestetur. » *Jure*, dit le jurisconsulte : elle est donc éteinte *exceptionis ope?* oui, mais seulement dans une certaine mesure. Supposons que le fonds valût 20,000 sesterces au jour de la seconde stipulation, qu'il n'en vaille plus que 15,000 aujourd'hui, et qu'en cet état le procès s'engage. Si le créancier agit en vertu de la première stipulation, il ne pourra demander et obtenir que le fonds ou sa valeur actuelle, soit 15,000. Si après cela il agit encore en vertu de la seconde stipulation, il pourra demander 20,000 (« quanti fundus *erat* »), mais le débiteur pourra le forcer, par une *exception de dol*, à imputer sur ces 20,000 les 15,000 qu'il a déjà touchés. Cette *exception* se fonde sur l'intention probable des parties : en faisant leur double stipulation, les parties n'ont pas voulu, il faut du moins le présumer, conférer au créancier le droit exorbitant d'exiger deux fois la valeur d'un même fonds ; elles ont voulu seulement le garantir contre tout risque et mettre les cas fortuits à la charge du débiteur.

tions de l'équité. C'est ce que fait ici Papinien. Ses deux décisions ne sont donc point contradictoires au point de vue de la logique, et elles sont en parfaite concordance au point de vue de l'équité, puisqu'elles se règlent l'une et l'autre, comme on vient de le voir, sur l'intention des parties. Ainsi interprété, ce fragment de Papinien est bien conforme, ce me semble, à l'esprit général de sa doctrine : j'y trouve un exemple de cet art exquis avec lequel il sut élargir sans les rompre les cadres d'un étroit formalisme, et mettre l'analyse la plus pénétrante et la logique la plus subtile au service de l'équité et du bon sens.

2. — Si le créancier peut, en novant sa créance, la transformer en une créance d'argent, ne peut-il pas aussi la liquider ? Au lieu de stipuler « quanti res erit, quanti « res est », c'est-à-dire une somme incertaine, ne peut-il pas évaluer ce *quantum*, de concert avec son débiteur, et stipuler le montant de cette évaluation ? — Cette manière de prévenir par une estimation amiable les incertitudes de l'estimation judiciaire et de liquider la créance en la novant, n'était pas inconnue, je crois, dans la pratique romaine. A défaut de texte formel, voici les considérations diverses que je puis invoquer.

Si le légataire d'une somme de 1,000 sesterces a stipulé de l'héritier en ces termes : « Quod ex testamento « mihi debes dare spondesne ? » ce légataire a bien évidemment stipulé *ce qui lui était dû* et nové sa créance. Et cependant Ulpien nous dit qu'une stipulation ainsi conçue ne peut être qu'une stipulation *incerta :* « Qui ita stipu- « latur incertum in obligationem deducit, licet ex testa- « mento certum debeatur » (1). La novati[illegible]

(1) L. 75 § 6, D. *de V. O.*, XLV, 1.

en pareil cas, transformé une dette certaine en une dette incertaine. N'est-il pas permis d'en conclure que la novation serait également possible en sens inverse, et que le *certum* et l'*incertum* sont ici, non pas deux objets différents, mais deux désignations différentes d'un seul et même objet?

Il est évident qu'un créancier ne peut réclamer en justice autre chose que ce qui lui est dû. Or le même Ulpien nous enseigne que le créancier d'une somme incertaine, par exemple de dommages-intérêts non liquidés, peut agir par la *condictio certi*, en faisant lui-même, à ses risques et périls, l'estimation de sa créance (1). J'en conclus que, dans la doctrine d'Ulpien, l'action *incerta* et la *condictio certi* diffèrent, non dans le fond, mais dans la forme, et ne sont que deux procédures diverses tendant à un seul et même objet. Or ce qu'Ulpien dit ici de la *condictio certi*, ne le dirait-il pas à plus forte raison de la *stipulatio certa?* Si le créancier peut liquider sa créance

(1) L. 9, D. *de R. C.*, XII, 1 : « Certi condictio competit ex « omni causa, ex omni obligatione ex qua certum petitur, sive « ex certo contractu petatur, sive ex incerto.... Competit hæc « actio etiam ex legati causa et ex lege Aquilia ; sed et ex causa « furtiva per hanc actionem condicitur... » Cette loi célèbre a fait l'objet, depuis Justinien jusqu'à nos jours, d'interminables controverses. L'interprétation que je propose, et qui est celle de Stéphane, dans les Basiliques (*ad h. l.*, éd. Heimbach, t. II, p. 595, 596), est aujourd'hui soutenue par Keller, *Civilprocess.*, note 1107 ; Rudorff, *Rechtsgesch.*, t. II, p. 142 ; Brinz, *Pandect.*, p. 377 ; Rœmer, *bedingte Novation*, p. 290 ; Krüger, *process. Consumtion*, p. 105 et suiv. ; — et combattue par Savigny, *System*, t. V, app. XIV, 23 ; Heimbach, *Creditum*, p. 84 et suiv. ; Bekker, *Aktionen*, p. 136 et suiv. Ces derniers auteurs me semblent faire violence au texte de la loi 9 pour écarter une doctrine qui, j'en conviens, paraît contraire aux anciens principes, et n'a prévalu sans doute que dans la dernière jurisprudence. Voyez aussi L. 28 § 4, D. *de jurejur.*, XII, 2 (Paul) et L. 5, D. *de exc. r. j.*, XLIV, 2.

lorsqu'il la déduit *in litem*, ne pourra-t-il pas la liquider également lorsqu'il la déduit en stipulation (1)?

La stipulation qui liquide une créance en la novant, peut, sans changer au fond de caractère, revêtir la forme d'une clause pénale. En stipulant une peine pour le cas où son débiteur ne le payerait point, le créancier ne fait souvent que liquider et fixer par avance le montant des dommages intérêts qui lui seront dus. Ne nous méprenons pas, en effet, sur le sens ambigu du mot *peine*, que les jurisconsultes ont employé tour à tour pour désigner tantôt l'indemnité, tantôt l'amende, dues par le coupable. Si c'est la seconde signification qui a prévalu dans les langues modernes, c'est la première qui est la signification primitive et qui prévalait dans la langue des jurisconsultes romains (2) : à leurs yeux, le créancier qui stipulait une *peine* était censé le plus souvent (3) stipuler sous condition la valeur estimative de ce qui lui était dû, et par conséquent nover sous condition sa créance. C'est

(1) Mais à quoi bon transformer le *debitum incertum* en un *certum*, puisque, sans cette transformation préalable, le créancier peut directement agir par la *condictio certi*? En agissant ainsi directement, le créancier s'exposerait à la peine de la plus-pétition, si son estimation était reconnue exagérée ; il prévient ce danger en faisant cette estimation au préalable de concert avec son débiteur.

(2) *Pœna* de ποινή, rançon, composition, d'où les locutions *dare*, *solvere*, *pendere*, *exigere pœnas*. C'est ce qui explique pourquoi de simples actions en indemnité étaient qualifiées de pénales et n'étaient point données contre les héritiers.

(3) La nature de la peine conventionnelle dépend avant tout de la convention, et le créancier peut fort bien s'être, expressément ou même tacitement, réservé le droit, soit de choisir entre la *chose* et la *peine* (L. 28, D. *de act. emti*, XIX, 1; L. 71, D. *pro socio*, XVII, 2 ; L. 122 § 2 D. *de V. O.*, XLV, 1), soit d'exiger cumulativement l'une et l'autre. LL. 15, 16, D. *de transact.*, II, 15 ; L. 122 § 6, D. *de V. O.*, XLV, 1.)

précisément ce que nous dit le jurisconsulte Paul, dont le témoignage vient ici confirmer celui d'Ulpien. Voici l'espèce qu'il propose : « J'ai stipulé que vous me con« struirez un navire, et, si vous ne le construisez pas, que « vous me payerez cent pièces d'or. Comment faut-il inter« préter cette convention ? Faut-il dire qu'il y a deux sti« pulations, la première pure et simple, la seconde condi« tionnelle », et que ces deux stipulations portent sur deux objets différents, la *chose* et la *peine*, et sont par conséquent indépendantes l'une de l'autre ? Faut-il décider au contraire que, au moment où la condition s'accomplit, où la peine est encourue, « la première stipulation est « absorbée et comme novée par la seconde (*quasi novatio* « *prioris fiat?*) C'est cette dernière interprétation qu'il faut « préférer » (1). Si Paul n'a vu ici qu'une *quasi novation*, c'est sans doute parce que la première obligation, se trouvant novée dès l'instant où elle est devenue exigible, n'a jamais produit d'effet juridique et n'a pas eu pour ainsi dire le temps de se former. Si la seconde stipulation, au lieu de suivre la première immédiatement, ne l'avait suivie qu'après intervalle, elle aurait pu opérer, je crois, une novation proprement dite.

C'est ainsi que peu à peu la novation, élargissant sa sphère, se dégageait des entraves d'un étroit formalisme, tout en restant fidèle à son caractère traditionnel. Quel

(1) L. 44 § 6, D. *de O. et A.*, XLIV, 7 : « Sed si navem fieri « stipulatus sum, et, sinon feceris, centum, videndum utrum duæ « stipulationes sint, pura et condicionalis, et existens sequentis « conditio non tollat priorem ; *an vero transferat in se et quasi* « *novatio prioris fiat* ? Quod magis verum est. » Voyez dans le même sens L. 41 (cf. LL. 42, 71), D. *pro soc.*, XVII, 2. C'est ainsi encore que la *stipulatio duplæ* absorbait, ce semble, l'action *ex emto*, qui n'était plus donnée que subsidiairement. Voyez Salpius, *Novation*, p. 229 et suiv.

était, en effet, dès l'origine, le caractère et le but de la *stipulatio debiti*? Son but, je l'ai déjà dit, dans la première de ces études, c'était de préparer la poursuite et la réalisation de la créance en lui donnant la forme la mieux adaptée aux exigences de la procédure romaine. Or c'est là précisément tout ce que font les parties dans les divers exemples de novation que l'on vient de voir. Lorsqu'elles transforment une dette quelconque en une dette pécuniaire, lorsqu'elles liquident cette dette et en déterminent le montant, elles ne font, en tout cela, que devancer l'office du préteur et du juge, et faire subir à leur obligation, par un acte volontaire, les mêmes transformations qui devaient être le résultat forcé de la *litiscontestatio* et du jugement.

III

Si l'on compare les Institutes de Justinien et les Institutes de Gaïus, l'on remarquera, au chapitre de la novation, une différence singulière : le point sur lequel Justinien a le plus insisté, l'*animus novandi*, Gaïus l'a passé complétement sous silence. Que faut-il conclure de ce contraste? Je l'ai déjà dit plus haut : c'est que l'intention de nover, indispensable au temps de Justinien, était indifférente au temps de Gaïus. Ce qu'il fallait alors, c'était, non pas l'intention, mais la formule : la novation dépendait, non de ce qu'avaient voulu, mais de ce qu'avaient dit les contractants. Pour établir ce principe, qui, au premier aspect, a peut-être l'air d'un paradoxe, j'ai besoin tout d'abord d'en préciser le sens et d'écarter tout malentendu.

Il serait absurde, j'en conviens, de prétendre qu'au temps de Gaïus la stipulation ou un contrat quelconque pût se former sans le consentement, sans la volonté des

parties. De quelques formes extérieures, de quelques solennités qu'il soit revêtu, le contrat où la volonté a fait défaut n'est, pour ainsi dire, qu'un corps sans âme. Réduite à elle-même, la formule n'est qu'une lettre morte : ce qui l'anime et la vivifie, c'est la volonté de celui qui la prononce. Prononcées au hasard, balbutiées par un enfant ou par un fou, les paroles sacramentelles, « centum « mihi dare spondesne ? » ne sont que de vains mots, elles ne sont plus une formule juridique. La volonté des parties était donc tout aussi nécessaire autrefois pour la stipulation solennelle, qu'elle l'est aujourd'hui pour la simple convention. Mais autre chose est la *volonté* générale de stipuler, autre chose est l'*intention* particulière en vue de laquelle on stipule, et c'est cette *intention* du stipulant qui, décisive au temps de Justinien, était, je le répète, indifférente au temps de Gaïus. Sous Justinien comme de nos jours, le juge avait à s'enquérir, non-seulement de la volonté, mais aussi de l'intention des parties contractantes : de leur volonté, pour savoir si le contrat existait ou non ; de leur intention, pour interpréter le contrat et en mesurer les effets (1). Or cette recherche de l'intention des parties, toujours plus ou moins incertaine et conjecturale, était exclue par la formule. Une formule sacramentelle ne s'interprète pas : le sens en est fixé d'avance ; il est invariable et absolu. D'ailleurs l'art subtil des prudents avait si bien varié et multiplié les formules, que chaque intérêt, chaque besoin de la vie civile trouvait, pour ainsi dire, sa formule correspondante (2). Entre toutes ces formules, les contractants

(1) Cette distinction est nettement établie dans notre Code civil, art. 1109 et 1156.

(2) C'est ainsi que le jurisconsulte Manilius avait composé un recueil spécial de formules pour les diverses espèces de ventes

pouvaient choisir à leur gré celle qui répondait le mieux à leurs vues; mais malheur à qui se trompait dans ce choix! la formule une fois prononcée, l'effet en était fatal et inévitable. Le créancier, par exemple, qui stipulait ce qui lui était dû, pouvait parfois choisir entre la formule de la novation et des formules différentes; mais il ne pouvait prononcer la première, fût-ce par imprudence, sans que la novation s'ensuivît. En d'autres termes, la question de savoir si les parties avaient voulu nover leur dette n'était pas une question d'interprétation et d'intention, mais une question de formule; ce n'était pas une question de fait, mais une question de droit (1).

Voici une seconde distinction qui va préciser mieux encore le sens de ma thèse. Les divers textes relatifs à l'*animus novandi* traitent tour à tour sous ce même nom deux questions qu'il faut se garder de confondre. Quand, après avoir stipulé de Primus mille sesterces, je stipule mille sesterces de Secundus, je puis avoir en vue trois résultats différents : 1° nover ma créance en changeant de débiteur; 2° acquérir deux créances de mille sesterces chacune; 3° acquérir une seule créance de mille sesterces et deux codébiteurs qui en répondent (2). Ni dans

(*venalium vendendorum leges*). Cicéron, *de oratore*, I, 58. — Varron en cite quelques fragments. *De re rust.*, II, c. 3, n. 5; c. 5, n. 11; c. 7, n. 6.

(1) Les mots *stipulatio novandi causa*, qu'on rencontre souvent dans les textes (LL. 14, D. *h. t.*; 13, D. *de Sc. Maced.*, XIV, 6; 91, D. *de solut.*, XLVI, 3; 13 § 10, 21, D. *de accept.*, XLVI, 4), signifient simplement stipuler par la formule de la novation. Les mots *stipulari novandi animo* sont pris parfois dans le même sens, notamment dans les lois 24, 31, D. *h. t.*; 60 § 1, D. *de cond. ind.*, XII, 6; dans le cas prévu par ces deux dernières lois, l'*animus non novandi* serait une impossibilité juridique. Voyez *infra*, p. 715; Salpius, *Novation*, p. 189 et suiv.

(2) Les trois cas sont indiqués dans la loi 8 § 5, D. *h. t.*

le second cas ni dans le troisième je n'ai l'intention de nover; mais, sauf cette ressemblance purement négative, ces deux cas n'ont rien de commun entre eux : dans l'un, j'ai stipulé les mille sesterces qui m'étaient déjà dus, *idem debitum*; dans l'autre, j'ai stipulé une nouvelle somme de mille sesterces, *aliud debitum*. Or si, dans ce dernier cas, la novation n'a pu s'accomplir, ce n'est pas seulement faute d'un élément moral, l'intention de nover, c'est aussi faute d'un élément matériel, l'identité d'objet dans les deux créances ; ce qui a fait défaut, c'est l'*idem debitum*, et non pas seulement l'*animus novandi*. Ce cas est donc en dehors de la question qui nous occupe (1) et que nous pouvons formuler en ces termes : peut-il y avoir novation sans *animus novandi?* Pour traiter cette question, il nous faut évidemment raisonner sur une espèce où, toutes les conditions pour nover se trouvant d'ailleurs réunies, l'*animus novandi* seul a fait défaut.

Je vais donc supposer une stipulation faite dans les conditions mêmes qu'exige Gaïus et conforme de tout point à l'exemple qu'il nous propose. J'ai stipulé de Titius « ce que vous me devez, *quod tu mihi debes* » (2), et j'ai stipulé ainsi sans avoir l'intention de nover ma créance. Je dis que la novation s'opérera malgré moi, par la seule puissance de la formule, et je vais essayer de le prouver.

J'ai besoin tout d'abord de prier le lecteur d'oublier pour un instant la novation moderne : c'est la première condition pour bien comprendre la novation romaine.

(1) Nous pouvons donc laisser de côté les lois qui le concernent, et qui n'ont qu'un rapport apparent avec la question qui nous occupe. Telles sont les LL. 26, 28, D. *h. t.* ; 4, D. *de usur.*, XXII, 1 ; 91 § 6, D. *de V. O.*, XLV, 1, que j'ai déjà expliquées.

(2) Gaïus, III, 176.

De nos jours, la novation ne dépend plus que de la volonté des contractants. Mais l'on n'en est arrivé là qu'au bout d'un lent et pénible progrès : c'est peu à peu et, pour ainsi dire, pas à pas que la volonté des parties a gagné le terrain que le formalisme perdait. Si vous vous reportez en arrière, si vous remontez du droit moderne à Justinien, de Justinien à Ulpien (1), vous verrez l'importance de la formule grandir sans cesse, celle de l'*animus novandi* diminuer à mesure. N'est-il pas vraisemblable qu'en se rapprochant plus encore du point de départ, l'on verrait le formalisme régner sans partage? Ce n'est pas là une vaine hypothèse : faites encore un dernier pas en arrière, remontez d'Ulpien jusqu'à Gaïus, et l'*animus novandi* aura complétement disparu.

Qu'on veuille bien relire sans parti pris tout le passage de Gaïus relatif à la novation, et l'on sera forcé de convenir, ou qu'il n'était point question alors d'*animus novandi,* ou que tout ce passage n'est qu'un tissu d'inexactitudes et d'inconséquences, indignes, je ne dis pas d'un grand jurisconsulte, mais du dernier faiseur de manuels. — « Il y a novation, dit Gaïus, et l'obligation est éteinte, si je stipule de Titius ce que vous me devez, *quod mihi debes* » (2). Première inexactitude : si j'ai stipulé de Titius *quod mihi debes*, il est faux d'en conclure que j'ai *voulu nover* ma créance ; peut-être ai-je voulu m'assurer deux débiteurs au lieu d'un, et c'est là, dans le doute, ce qu'on doit présumer. — Mais Gaïus insiste : « Il est si

(1) Justinien exige encore une forme, la stipulation; mais il ajoute : « Generaliter definimus voluntate esse, non lege novan- « dum » (L. *ult.*, C. *h. t.*); tandis que les jurisconsultes antérieurs, comme Ulpien, admettaient des présomptions légales de novation. Voyez *infra*, p. 725.

(2) Gaïus, III, 176.

vrai qu'il y a novation quand je stipule ainsi d'un nouveau débiteur, que parfois la novation s'accomplit, bien que cette stipulation soit inutile et ce débiteur incapable, si, par exemple, c'est une femme, une pupille, ou que j'aie stipulé de lui *post mortem ejus :* en pareil cas je perds ma créance, *quo casu rem amitto* » (1). Seconde exactitude plus grossière encore : pour qu'en ce cas je perdisse ma créance, il faudrait que j'eusse *voulu* la perdre, et cette intention est trop invraisemblable pour qu'il soit permis de me la prêter. — « S'il n'y a pas changement de débiteur, poursuit Gaïus, du moins faut-il pour la novation un changement quelconque, et ici s'élève la question de savoir s'il suffirait d'adjoindre ou d'écarter un *sponsor*. Sur cette question, les écoles se partagent : les Sabiniens disent oui, les Proculiens disent non » (2). Etrange controverse en vérité ! mais la question de savoir si l'on nove sa créance en faisant intervenir un *sponsor*, n'est point une question de droit, une question d'école, c'est une question d'*intention*, c'est-à-dire une question de fait : ce n'est donc point d'une manière absolue et *in abstracto* qu'il est permis de la résoudre ; c'est *in concreto* et suivant les circonstances qu'il faudra répondre tantôt oui tantôt non. — « Quant à l'adjonction d'une condition, dit notre auteur en terminant, Servius Sulpicius voulait qu'elle produisît novation immédiate; mais cette doctrine est aujourd'hui abandonnée, *alio jure utimur* » (3). Et pourquoi donc? une doctrine d'après la-

(1) *Ibid.*

(2) Gaïus, III, 177, 178.

(3) Gaïus, III, 179. Gaïus, dans ce paragraphe, s'occupe tout particulièrement de l'intention des parties (*et videtur inter eos id actum...*) ; mais c'est précisément pour nous montrer que cette intention est *sans influence* sur la novation : les parties ont beau

quelle la novation pouvait se produire *pendente conditione, quand les parties le voulaient ainsi*, n'était-elle pas aussi rationnelle qu'équitable, et peut-on concevoir qu'on l'ait désertée, précisément à l'époque où tous les efforts de la jurisprudence tendaient vers l'équité ? — On le voit, il n'est pas une ligne dans cette page de Gaïus qui ne devienne incompréhensible, sitôt qu'on admet la doctrine de l'*animus novandi*, et je crois pouvoir affirmer que, si tous les anciens interprètes ont admis cette doctrine, c'est que le livre de Gaïus n'était point connu de leur temps.

Si en effet nous laissons Gaïus pour écouter les jurisconsultes des Pandectes, ils nous tiendront un tout autre langage. La raison en est simple : Justinien n'y fait parler que ceux dont les paroles peuvent s'accorder avec ses lois nouvelles. « Novationum nocentia correximus volumina » et veteris juris ambiguitates resecuimus » (1). Et cependant l'on pourrait encore surprendre dans le Digeste plus d'un vestige du système abrogé. Voyez, par exemple, dans la loi 5, *de Transactionibus*, comment s'y prend Papinien pour expliquer qu'une novation, conçue dans les termes généraux de la stipulation aquilienne, n'atteindra pas les créances auxquelles les contractants n'ont point songé. Nous dit-il, comme le ferait un jurisconsulte moderne, que pour ces créances la novation est impossible parce que l'*animus novandi* fait défaut ? Pas le moins du monde. « C'est l'interprétation des jurisconsultes qui est venue corriger les effets d'une formule captieuse » (2).

vouloir faire une novation immédiate, elles ne font qu'une novation conditionnelle.

(1) L. *ult.*, C. *h. t.*

(2) L. 5, D. *de transact.*, II, 15 : « Cum aquiliana stipulatio « interponitur, quæ ex consensu redditur, lites de quibus non est « cogitatum in suo statu retinentur : liberalitatem enim captiosam

Sans ce tempérament d'une interprétation équitable, sans ce progrès de la jurisprudence, toutes les créances se trouvaient novées par la puissance de la formule, bien que pour quelques-unes l'*animus novandi* fît complétement défaut. Le témoignage de Papinien vient donc confirmer celui de Gaïus et attester une fois de plus que la novation résultait à l'origine, non de l'intention qu'avaient les contractants, mais de la formule qu'ils prononçaient.

Quelle est donc cette formule? Quelle est-elle dans chaque espèce de novation? Car la novation, on le sait, peut s'opérer de trois manières différentes : par l'intervention d'une personne nouvelle, d'une modalité nouvelle, d'une forme nouvelle. Reprenons ces trois cas.

1. — Quand Secundus vient me promettre ce que Primus me devait déjà, sa promesse peut avoir trois significations fort diverses : 1° Secundus est peut-être un *expromissor :* il a promis *à la place* de Primus, qui demeure libéré de sa dette; c'est le cas de la novation. 2° Secundus est peut-être un *adpromissor :* il a promis *accessoirement* à Primus, qui reste tenu comme débiteur principal; c'est le cas du cautionnement. 3° Secundus est peut-être un *compromissor*, un *conreus debendi* : il a promis *conjointement* avec Primus, ils sont tenus l'un et l'autre au même titre; c'est le cas de l'obligation solidaire. Ces trois sortes de promesses, on le voit, différaient trop l'une de l'autre pour qu'on pût impunément les confondre. Quel signe avait-on pour les distinguer?

Ce signe, c'était la formule. Chez les anciens Romains, je l'ai déjà dit, il n'était pas de convention, pas d'acte de

« interpretatio prudentium fregit. » — J'ai dit que la stipulation aquilienne était une sorte de désistement (v. *supra*, p. 697) ; c'est ce qui explique les mots : *lites* et *liberalitatem.*

la vie civile, pour lequel les jurisconsultes n'eussent composé quelque formule spéciale : la formule variait, nous dit Varron, suivant qu'on achetait un bœuf ou un veau (1). Comment n'aurait-elle pas varié suivant qu'il s'agissait d'une novation, d'un cautionnement, d'un engagement solidaire? Pour retrouver les formules respectives de ces trois actes, il suffit de lire avec quelque attention les Institutes de Justinien et celles de Gaïus.

C'est Justinien, le grand destructeur des vieilles formules, qui, par une heureuse inadvertance, nous a conservé celle de l'engagement solidaire. Pour joindre ensemble les deux obligations de Primus et de Secundus et en faire, comme disent les textes, « una eademque obligatio », il fallait joindre ensemble les deux formules de stipulation et en faire une seule formule. « Prime, Secunde, spondetis? » demandait le stipulant. « Spon« demus », répondaient ensemble les deux débiteurs (2). L'unité de la formule exprimait l'unité de l'obligation. Si, au contraire, le stipulant commençait par échanger avec Primus la demande et la réponse et par en finir avec lui, avant de s'adresser à Secundus, il y avait évidemment deux formules, et par conséquent deux obligations, successives et distinctes, « alia atque alia obligatio » (3) ;

(1) Varron, *de re rustica*, II, c. 5, n. 11 : « Eos cum emimus « domitos, stipulamur sic... Cum emimus indomitos, sic... Paulo « verbosius hæc, qui Manilii actiones sequuntur. » — Voyez *supra*, p. 707, note 2.

(2) Peu importait, d'ailleurs, que les interrogations et les réponses fussent séparées (*Prime, spondesne? Secunde, spondesne?*— Primus : *Spondeo.*—Secundus : *Spondeo*), pourvu que toutes les interrogations, groupées ensemble, fussent faites d'abord, toutes les réponses ensuite, et qu'ainsi il n'y eût qu'un seul échange de paroles entre les parties. *Pr.*, J., *de duobus*, III, 16 ; L. 4, D. *de duobus*, XLV, 2. Demangeat, *Obl. solid.*, p. 102 et suiv.

(3) Pr., J. *de duobus*, III, 16 : « .... Nam si (promissor) prius

Secundus n'était plus, à proprement parler, le *conreus* de Primus, il ne pouvait être que sa caution (*adpromissor*) ou son successeur (*expromissor*).

L'*adpromissor* et l'*expromissor* à leur tour se distinguaient, ce me semble, bien nettement l'un de l'autre. Le stipulant, nous dit Gaïus, demandait à l'*adpromissor* : « Quod Primus mihi debet, *idem* mihi dare spondes-« ne » (1) ; il demandait à l'*expromissor* : « Quod Primus « mihi debet, *id* mihi dare spondesne » (2). Ici encore, pouvait-on exprimer plus nettement la diversité des deux actes par la diversité des deux formules? L'*adpromissor* s'oblige à côté de Primus, il souscrit une seconde dette *identique* à la première ; l'*expromissor* prend à sa charge *ce que devait* Primus, qui par conséquent ne devra plus rien.

En résumé, tout créancier qui, après avoir stipulé de Primus, stipulait de Secundus *id quod Primus debet*, novait nécessairement sa créance (3).

2. — La question devient plus simple si nous supposons, au lieu d'un changement de personne, un changement de modalité. La nécessité de la novation résulte en ce cas, non plus des subtilités du formalisme, mais de la nature même des choses. Rationnellement rien ne s'oppose à ce que Primus et Secundus soient tenus tous deux en même temps d'une même dette, mais est-il possible

« Titio spoponderit, deinde, alio interrogante, spondeat, alia « atque alia erit obligatio, nec creduntur duo rei stipulandi esse. » Cpr. *supra*, p. 691 note 2.

(1) Gaïus, III, 112, 116, 117.

(2) Gaïus, III, 176. — Lieb, *Stipulation*, p. 213.

(3) Une promesse conçue en ces termes est toujours présentée par les textes comme impliquant novation (L. 45 § 7, D. *mand.*, XVII, 1), et comme analogue à la *litiscontestatio*, qui est une sorte de novation nécessaire. L. 22 § 2, D. *mand.*, XVII, 1 ; § 2, J., *mand.*, III, 26. Sur la L. 8 § 2, D. *h. t.*, voyez *infra*, p. 724, note 1.

de concevoir que la même dette soit en même temps à terme et pure et simple, pure et simple et sous condition (1)?

3. — Il en est tout autrement dans notre troisième hypothèse, où le changement est dans la forme du contrat, où ce qui était dû, par exemple, en vertu d'une vente ou d'un louage, vient à faire l'objet d'une stipulation. Cette stipulation pourra sans doute nover la dette et supprimer en le remplaçant le contrat antérieur. Mais ne pourra-t-elle pas tout aussi bien prendre place à côté de ce contrat comme une sûreté accessoire, une *cautio*, en sorte que le créancier puisse exercer à son choix, ou l'action de vente, de louage, etc., ou l'action *ex stipulatu?* — Quand y aura-t-il novation? quand y aura-t-il *cautio*? La distinction n'est pas facile, car sur ce point Gaïus est muet, et les textes nous font presque entièrement défaut. Je crois cependant pouvoir soutenir, sans trop de témérité, qu'à l'origine cette incertitude n'existait point : quiconque stipulait de son débiteur la chose due, novait forcément sa créance.

Cette doctrine, j'en conviens, serait difficile à défendre au point de vue du droit naturel et de l'équité. Une jurisprudence qui prendra l'équité pour guide ne s'arrêtera point à la formule, elle remontera jusqu'à la cause naturelle de l'obligation : car, dans une loi réglée sur l'équité, toute obligation a sa cause naturelle ; la formule ne crée pas l'obligation, elle la constate, la confirme, et

(1) De même il est impossible qu'une même dette soit à deux termes différents : « Si ita (stipulatus fuero) : calendis januarii « vel februarii dari spondes? perinde est quasi calendis februariis « stipulatus sim. » LL. 12, 109, D. *de V. O.*, XLV, 1. J. Faber, *Brev. in Codicem*, L. VIII, c. *de novat.*, ad. L. *Novationum.* — Si les parties voulaient, tout en maintenant leur obligation primitive, la soumettre à un terme ou à une condition, elles devraient faire, non pas une stipulation, mais un simple pacte.

par conséquent la présuppose; elle n'est donc qu'une *cautio*, et c'est ainsi qu'Ulpien nous la représente : « Sciendum est omnes stipulationes natura sui cautio-« nales esse; hoc enim agitur in stipulationibus ut quis « cautior sit et securior interposita stipulatione » (1). En réduisant les stipulations à ce rôle accessoire, Ulpien se place au point de vue de l'équité naturelle qui commençait déjà à prévaloir dans la jurisprudence de son temps. Mais reculons de quelques siècles, remontons à l'ère du formalisme, et la stipulation se présente sous un tout autre aspect : c'est la formule verbale qui *crée* l'obligation, qui constitue le contrat (2). Si la loi accorde parfois sa sanction à des conventions dénuées de formes régulières, ce n'est que dans des cas exceptionnels et étroitement limités. D'ailleurs ces conventions, bien qu'obligatoires par elles-mêmes, revêtaient presque toujours dans l'usage la forme traditionnelle : c'est par stipulation qu'on vendait ou qu'on achetait, qu'on donnait à bail ou qu'on prenait à ferme; dans l'usage, le contrat consensuel n'était, pour ainsi dire, que provisoire tant qu'il ne s'était pas transformé en contrat verbal (3). Les actions

(1) L. 1 § 4, D. *de stip. præt.*, XLVI, 5; Paul, *Sent.*, V, 7 § 1.

(2) Voyez *supra*, p. 124 et suiv.

(3) Manilius, l'un des trois *fondateurs* du droit romain (L. 2 § 39, D. *de O. J.*, 1, 2), avait fait un recueil de formules de stipulations pour les ventes de diverses marchandises (*venalium vendendorum leges*). Voyez *supra*, p.707, note 2. Peut-être à l'origine, l'action *emti* ne tendait-elle qu'à obtenir du vendeur une promesse sur stipulation («.... Neratius ait... ex emto actionem esse ut habere « licere emtori caveatur... » L 11, § 8, D. *de act. emti*, XIX, 1), puis elle a suppléé à la stipulation (« Si res simpliciter traditæ « evincuntur, tanto emtori venditor condemnandus est, quanto « si stipulatione pro evictione cavisset ». Paul, *Sent.* II, 17, § » 2), puis enfin elle s'est étendue « ad omne quod emtoris, interest. L. 70, D. *de evict.*, XXI, 2.

emti, venditi, locati, etc., n'étaient, à l'origine, que des moyens exceptionnels et subsidiaires, qui devaient s'effacer et disparaître sitôt qu'intervenait la stipulation.

Cette énergie primitive de la stipulation apparaît encore tout entière dans un fragment qui ne doit sans doute son insertion au Digeste qu'à l'inadvertance des compilateurs. C'est le fragment 24, *de pecunia constituta*, XIII, 5, qui date à peu près de la même époque que les Institutes de Gaïus :

« Titius Seio epistolam emisit (1) in hæc verba : Re-
« manserunt apud me quinquaginta ex credito tuo ex
« contractu pupilleorum morum, quos tibi reddere debebo
« idibus Maiis probos ; quod si ad diem supra scriptum
« non dedero, tunc dare debebo usuras tot. Quæro an
« Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione (2)
« reus successerit. Marcellus respondit, si intercessisset
« stipulatio, successisse. Item quæro, an, si non succes-
« sisset, de constituto teneatur. Marcellus respondit in
« sortem teneri (3) : est enim humanior et utilior ista in-
« terpretatio. »

Il s'agit dans cette loi d'interpréter un écrit dans lequel un tuteur déclare qu'il payera tel jour telle somme prêtée jadis à son pupille. Y a-t-il là un engagement personnel du tuteur, une libération du pupille, en un mot une novation ? Telle est la question qui se pose, et Marcellus, en

(1) Il ne s'agit point ici d'une lettre missive, qui supposerait l'absence de Seius. Les mots *epistolam emittere* signifient plutôt *délivrer un billet*. L'usage des *epistolæ inter præsentes* était fréquent chez les Romains. Liebe, *Stipulation*, p. 21 et suiv.

(2) Le mot *cautio* désigne en général une *sûreté* quelconque, et en particulier un écrit. Il est pris ici dans ce dernier sens.

(3) *In sortem :* pour le capital, non pour les intérêts ; car le constitut ne peut excéder la dette primitive. L. 11 § 1, D. *de pec. const.*, XIII, 5.

y répondant, va trancher du même coup les trois questions que j'ai successivement débattues ; car l'espèce qui lui est soumise réunit en elle les trois sortes de novations que je viens de considérer séparément : il y a à la fois changement de personne, le tuteur succède au pupille ; changement de modalité, un terme est fixé pour le paiement ; changement de contrat, c'est un contrat *réel* qui fait place au contrat verbal (1). Que va décider Marcellus?

Un jurisconsulte plus récent se serait demandé avant tout : quelle a été l'intention des parties? y a-t-il eu, oui ou non, *animus novandi*? Marcellus procède tout autrement : ce qu'il recherche, ce n'est pas dans quelle *intention*, mais dans quelle *forme* le tuteur s'est engagé. N'y a-t-il eu qu'un simple pacte, demande le jurisconsulte aux parties? l'écrit que vous me présentez n'est-il qu'une lettre missive, adressée au créancier absent? En ce cas, pas de novation possible, le pupille reste obligé. Au contraire, le créancier était-il présent? a-t-il échangé avec le tuteur les formules de la *stipulatio debiti?* En ce cas, le pupille est libéré, la novation s'est accomplie : « Si intercessisset stipulatio, successisse. » Ainsi, dans un cas comme dans l'autre, la conséquence est inévitable : sans la formule, la novation est impossible ; avec la formule, la novation est forcée.

Il était naturel qu'il en fût ainsi sous une loi formaliste où la forme emportait le fond. Sous un tel régime, la *deductio in formulam* opérait sur les objets juridiques à peu près comme la *spécification* sur les objets matériels (2).

(1) Au reste la décision du jurisconsulte eût sans doute été la même si, au lieu de réunir ces trois changements, l'espèce proposée n'en eût présenté qu'un seul.

(2) § 25, J. *de R. D.*, II, 1. — Il y a toutefois cette différence, que la spécification n'est qu'un fait matériel, tandis que la for-

Dans les deux cas, la forme absorbait la matière. Cette puissance absorbante et destructive de la formule se manifestait également dans les formules conventionnelles et dans les formules judiciaires : qu'il y eût contrat verbal ou *litiscontestatio*, que la créance fût déduite *in stipulationem* ou *in judicium*, dans les deux cas, la nouvelle obligation ne se formait que par la destruction et avec les débris de l'ancienne. Sous ce rapport, la *stipulatio debiti* et la *litiscontestatio* avaient exactement le même effet, et cet effet ne dépendait nullement de l'intention des parties. De profondes différences séparaient d'ailleurs ces deux actes : on ne stipule que lorsqu'on le veut bien, tandis que lorsqu'on plaide, c'est qu'on y est forcé pour sauvegarder ses droits méconnus ; à ce point de vue l'on peut dire, et c'est ce qu'ont fait les jurisconsultes romains (1), que la novation diffère de la *litiscontestatio* en ce qu'elle est *volontaire*. Elle est volontaire sans doute en ce sens que je suis maître, si je veux, de ne pas prononcer la formule ; mais je ne suis point maître, si je prononce cette formule fatale, d'en arrêter ou d'en modérer les effets ; cela m'est tout aussi impossible que d'arrêter ou de ralentir, par un acte de ma volonté, la marche d'une machine dont j'aurais imprudemment ébranlé le moteur. L'on peut donc affirmer que, dans la *stipulatio debiti* tout comme dans la *litiscontestatio*, l'ancienne créance s'éteint, non par l'effet de la convention, mais par l'effet de la formule ; et ce qui le prouve, c'est que, avec l'abolition du formalisme, cet effet extinctif, dans les deux cas, a simultanément disparu.

Au temps de Justinien, en effet, la *litiscontestatio* a

mule, étant un acte juridique, n'a de valeur que si celui qui la prononce est capable de disposer de l'objet.

(1) L. 29, D. *h. t.*

cessé d'être ce qu'elle était au temps de Gaïus, un mode d'éteindre les obligations : le créancier peut maintenant déduire son droit en justice sans crainte de l'épuiser ; à côté du droit nouveau qu'il acquiert en liant l'instance, il conserve intact son droit originaire : il pourra au besoin l'exercer encore et agir en justice une seconde fois (1). Or la formule conventionnelle a subi exactement les mêmes vicissitudes que la formule judiciaire. La *stipulatio debiti*, elle aussi, a perdu sous Justinien cette puissance d'absorption qu'elle possédait au temps de Gaïus. Le créancier peut maintenant stipuler « ce qui lui est dû », sans éteindre et nover sa créance ; à côté du droit nouveau qu'il acquiert en stipulant, il peut, s'il le veut, conserver intacte sa créance primitive. Cette créance n'est éteinte et novée que s'il a *voulu* l'éteindre et la nover. La novation est devenue un acte *volontaire*, dans un tout autre sens qu'elle l'était autrefois : elle dépend maintenant de l'intention des parties ; il n'y a plus de novation sans *animus novandi*.

Cette importante réforme ne s'accomplit pas en un jour. Achevée par Justinien, elle avait été préparée de longue main par l'ancienne jurisprudence, et il ne sera pas sans intérêt, je crois, d'en rechercher l'origine et d'en suivre le progrès.

IV.

Le formalisme n'a qu'un temps dans toute législation progressive. De tous les actes solennels usités dans l'ancienne Rome, les uns n'ont pas tardé à disparaître, les autres ne se sont maintenus qu'en se dépouillant peu à peu de toute solennité. C'est parmi ces derniers qu'il faut

(1) Savigny, t. VI, § 282 ; Bæhr, *Anerkennung*, p. 52.

ranger la stipulation. On sait que les empereurs de Byzance permirent de stipuler sans employer les vieilles formules solennelles (1); mais ce que l'on sait moins, c'est que ce changement s'était depuis longtemps réalisé dans la pratique avant d'être officiellement reconnu par les lois. Déjà au temps d'Ulpien et de Paul, l'on stipulait le plus souvent sans prononcer ni formules ni paroles quelconques : le contrat soi-disant *verbal* se faisait par écrit; il suffisait d'inscrire au bas d'un acte les deux mots *spopondit promisit*, ou deux autres mots équivalents, pour tenir lieu de stipulation. De toutes les formes qu'exigeait l'ancien droit, l'on n'en avait retenu qu'une, la seule qui parût utile et raisonnable, c'était la présence des deux parties (2), en sorte que le contrat verbal aurait pu se définir le contrat *inter præsentes*. Que devinrent alors tous ces formulaires de stipulation si savamment élaborés par l'ancienne jurisprudence? Ils tombèrent en oubli, et dès lors la stipulation à l'effet de nover, n'ayant plus de formule spéciale qui la fît reconnaître, ne put plus se distinguer des autres stipulations que par l'intention des contractants.

Je trouve la preuve de ce fait dans un curieux fragment d'Ulpien, la loi 3, *de duobus reis*. Il s'agit dans cette loi de la novation par changement de débiteur, *expromissio*. J'ai montré que, au temps de Gaïus, c'était la formule qui distinguait l'*expromissio*, soit du cautionnement, soit de l'engagement solidaire (3). Or la loi 3, *de duobus reis*, va nous prouver que, au temps d'Ulpien, la formule était devenue si indifférente que ces trois actes ne se distin-

(1) L. 10, C. *de contr. stip.*, VIII, 38. Léon, an 469.

(2) Voyez les preuves dans Gneist, *die formellen Vertræge*, p. 253 et suiv.

(3) Voyez *supra*, p. 713 et suiv.

guaient plus l'un de l'autre que par l'intention des parties.

Cette loi (1) suppose qu'un créancier stipule successivement de Primus et de Secundus dans l'intention d'avoir ainsi deux codébiteurs solidaires. N'est-il pas à craindre qu'il ne manque son but, qu'il ne perde la première créance en acquérant la seconde et ne se trouve ainsi avoir fait novation sans l'avoir voulu? — Nullement, répond Ulpien; car peu importe que les deux stipulations aient été faites simultanément (ce qui était l'ancienne forme requise pour l'engagement solidaire), ou qu'elles aient été faites successivement, *ex intervallo* (ce qui était l'ancienne forme établie pour le cautionnement ou la novation) (2). Ce qui importe, ce n'est plus la forme, c'est l'intention des parties : dans l'espèce, il ne peut y avoir novation puisqu'il n'y a pas eu intention de nover.

Cette doctrine, Ulpien ne se borne pas à l'appliquer dans un cas spécial; il la généralise, il en fait le fondement même de sa théorie.

« Omnes res transire in novationem possunt : quod-« cumque enim sive verbis contractum est, sive non verbis, « novari potest, et transire in verborum obligationem ex « quacumque obligatione ; dummodo sciamus novatio-« nem ita demum fieri, si hoc agatur ut novetur obligatio : « ceterum, si non hoc agatur, duæ erunt obligatio-« nes (3). »

(1) « In duobus reis promittendi frustra timetur novatio : nam « licet ante prior responderit, posterior etsi ex intervallo acci-« piatur, consequens est dicere pristinam obligationem durare « et sequentem accedere; et parvi refert simul spondeant an « separatim promittant, cum hoc actum inter eos sit ut duo rei « constituantur; neque ulla novatio fiet. »

(2) Voyez *supra*, p. 714, 715.

(3) L. 2, D. *h. t.* — Ulpien applique ce principe dans les LL. 6, 8, §§ 1, 2, 3, 5, D. *h. t.*

En d'autres termes. il ne suffit plus, pour constituer la novation, qu'il y ait *stipulatio debiti*, *res in stipulationem deducta;* il faut qu'à l'élément de droit vienne se joindre un élément de fait; il faut qu'à la stipulation vienne se joindre une sorte de pacte de remise. Pour savoir s'il y a ou s'il n'y a pas novation, le juge aura maintenant deux points à rechercher: 1° en droit, y a-t-il eu *stipulatio debiti* régulière? 2° en fait, quelle a été l'intention des parties, *quid actum est?* le créancier a-t il entendu en stipulant faire remise de sa première créance? — C'est à ces deux conditions seulement que la créance sera éteinte; elle le sera, moins par la puissance de la tipulation et de la formule, que par la puissance du pacte de remise et de l'intention des contractants.

Il serait difficile d'assigner une date précise à l'apparition de cette doctrine nouvelle. Ce qu'il y a de certain, c'est qu'on ne l'aperçoit nulle part dans les écrits de Gaïus et des plus anciens jurisconsultes (1), et qu'on la rencontre à chaque pas dans les écrits d'Ulpien et des jurisconsultes de son temps. Au reste ce n'est qu'à la longue et par degrés qu'une doctrine si nouvelle a pu pénétrer dans la pratique et passer en jurisprudence. Entre la période où la novation ne dépendait que de la formule et celle où la novation n'a plus dépendu que de l'intention des contractants, il a dû s'écouler une période intermédiaire où la formule conservait encore une partie de sa puissance, où, si elle ne produisait plus la novation forcément, elle la faisait tout au moins présumer. Cette sorte de transition d'un système à l'autre est si vraisemblable, si conforme à la marche naturelle des idées, qu'on

(1) Dans la L. 8 § 2, D. *h. t.*, les mots *si modo id actum sit ut novetur* appartiennent sans doute, non pas à Celsus, mais à Ulpien. Salpius, *Novation*, p. 192. Sur la L. 58, D. *de V. O.*, voyez *supra*, p. 683.

serait presque autorisé à l'admettre en l'absence de tout document. Mais nous avons sur ce point des documents positifs, et c'est Justinien lui-même qui nous les fournit.

Justinien, dans deux passages corrélatifs au Code et aux Institutes (1), nous indique en peu de mots quelles étaient ces subtilités de l'ancienne jurisprudence (« nocentia novationum volumina et veteris juris ambiguitates ») qu'il a jugé bon d'abolir. « Les anciens, nous dit-il (2) (et par ce mot il faut entendre, non pas les plus anciens jurisconsultes, ceux dont la doctrine, déjà oubliée, n'avait plus besoin d'être abolie, mais bien plutôt les Ulpien, les Paul, ceux dont la doctrine, plus récente, faisait encore loi), les anciens étaient d'accord pour exiger dans la novation l'*animus novandi*; mais ils discutaient entre eux pour savoir dans quels cas on serait censé agir *animo novandi*, et quelles *présomptions* il fallait introduire à cet égard (3). » Il y avait donc des *présomptions* de novation dans les derniers temps de la jurisprudence classique. Quelles pouvaient être ces présomptions? C'est encore Justinien qui va nous l'apprendre : « Les anciens jurisconsultes, dit-il dans son Code, induisaient la novation de certains faits, tels que l'intervention d'une personne nouvelle dans l'obligation,... l'addition ou le retranchement d'une condition ou d'un

(1) L. *ult.*, C. *h. t.*; § 3, J. *q. m. toll. obl.*, III, 29.

(2) « Veteres. » J. *l. c.* — « Veteris juris conditores.» C. *l. c.* Sur le sens des mots *juris conditores*, voyez Gaïus, I, 7; § 8, J. I, 2.

(3) J. *l. c.* : « Sed cum hoc quidem inter veteres constabat, « tunc fieri novationem cum novandi animo in secundam obli- « gationem itum fuerat, per hoc autem dubium erat quando « novandi animo videretur hoc fieri, et quasdam de hoc præsum- « ptiones alii in aliis casibus introducebant; ideo nostra processit « constitutio... »

terme, la confection d'une nouvelle *cautio* (c'est-à-dire, sans doute, d'une nouvelle stipulation) (1). » Or ces divers faits, nous les connaissions déjà : ce sont précisément ceux qui emportaient novation de plein droit, au temps où la novation s'opérait sans *animus novandi* et par la puissance de la formule. Ainsi les mêmes formules, les mêmes actes qui, au temps de Gaïus, eussent entraîné la novation comme une conséquence essentielle et forcée, au temps de Papinien ou d'Ulpien entraînaient encore la novation comme une conséquence naturelle et présumée. Le créancier qui accomplissait ces actes, qui prononçait ces formules, était présumé agir *animo novandi*. Il pouvait sans doute écarter cette présomption et conserver son ancienne créance à côté de la nouvelle; mais il fallait pour cela qu'il en convînt par une réserve spéciale. La *stipulatio debiti* conservait donc encore, dans une certaine mesure, son effet extinctif, puisqu'il ne fallait rien moins qu'une réserve et une clause spéciale pour conjurer cet effet.

C'était là un dernier débris du formalisme, que Justinien devait détruire. C'est ce qu'il fit par sa constitution

(1) L. *ult.*, C. *h. t.* : « ...Si quis vel aliam personam adhibuerit, vel « mutaverit, vel pignus acceperit, vel quantitatem augendam « vel minuendam esse crediderit, vel condicionem seu tempus « addiderit vel detraxerit, vel cautionem juniorem acceperit, « vel aliquid fecerit ex quo veteris juris conditores introduce- « bant novationes.... » On peut être surpris de rencontrer dans cette énumération un peu confuse certains actes («.... vel pignus « acceperit, vel quantitatem... minuendam esse crediderit... ») qui ne pouvaient constituer évidemment que de simples présomptions *de fait*, dépendant des circonstances. Je croirais volontiers que Justinien a réuni ici pêle-mêle des décisions empruntées à des jurisconsultes d'écoles divergentes ; car nous savons qu'en cette matière les anciens jurisconsultes n'étaient point d'accord : « Præsumptiones alii in aliis casibus introdu- « cebant. »

de l'an 530, dont j'ai cité tout à l'heure les premières lignes. Après avoir énuméré les divers actes dont l'ancienne jurisprudence avait fait des présomptions de novation, Justinien poursuit ainsi : « Nous voulons que désormais ces divers actes ne changent absolument rien à l'ancienne obligation, mais que cette obligation demeure intacte et que la nouvelle vienne s'y joindre, à moins que les parties, par une convention spéciale, n'aient abandonné la première créance et dit qu'elles entendaient remplacer la première par la seconde. Et nous établissons ce principe général : que la novation doit s'opérer par la volonté des contractants et non par l'autorité de la loi. Il n'est donc pas besoin d'une convention expresse, portant que les parties contractent sans faire novation (ἄνευ καινότητος, comme on dit en grec), car nous voulons qu'il en soit ainsi tout naturellement et sans l'addition d'une clause particulière » (1).

Les interprètes, pour la plupart, se sont, à mon avis, singulièrement mépris sur le sens de cette loi célèbre. Partant de cette fausse idée, que l'intention de nover avait été de tout temps exigée en droit romain comme elle l'est de nos jours, ils se sont demandé ce que Justinien avait pu exiger de plus, et ils ont pensé que c'était « une intention de nover exprimée en termes catégoriques et

(1) L. *ult.*, C. *h. t.* : « Sancimus, si quis... aliquid fecerit ex quo « veteris juris conditores introducebant novationes, nihil peni- « tus prioris cautelæ innovari, sed anteriora stare et posteriora « incrementum illis accedere, nisi ipsi specialiter remiserint « quidem priorem obligationem, et hoc expresserint quod secun- « dam magis pro anterioribus elegerint. Et generaliter definimus « voluntate solum esse, non lege novandum ; etsi non verbis « exprimatur ut sine novatione (quod solito verbo ἄνευ καινότητος « Græci dicunt) causa procedat : hoc enim naturalibus inesse « rebus volumus, et non verbis extrinsecus supervenire. »

formels » (1). A ce compte, Justinien, au lieu d'abolir l'ancien formalisme, aurait imaginé au contraire un formalisme nouveau! Interpréter ainsi sa constitution, c'est en méconnaître l'esprit et le texte. Loin de vouloir gêner la volonté des contractants en l'astreignant à une forme déterminée, Justinien a voulu, au contraire, l'affranchir : il déclare que « la novation doit être entièrement *volontaire*, qu'elle ne doit plus résulter de la loi », c'est-à-dire des présomptions de la loi (« voluntate solum esse, non lege novandum »); et, quand il ajoute « que « cette volonté de nover doit désormais être *exprimée* », il veut dire tout simplement qu'elle ne doit pas être comme autrefois présumée et sous-entendue (2). En un mot le nouveau principe introduit par Justinien n'est autre que le principe moderne : au sixième siècle on eût pu dire, tout comme aujourd'hui : « La novation ne se présume point; il faut que la volonté de l'opérer résulte clairement de l'acte. » (Code civ. 1273). En écrivant cet article, les rédacteurs de notre Code croyaient déroger à la loi de Justinien (3), ils ne faisaient que la reproduire.

Est-ce à dire que Justinien n'ait rien conservé des anciennes règles sur la novation? Non sans doute : en intro-

(1) Voyez notamment Cujas, ad L. 58, D. *de V. O.* (t. VI, col. 399); Doneau, *Comm.*, L. XVI, c. 20, n. 24. — Cette interprétation est savamment réfutée par Salpius, *Novation*, §§ 42-44.

(2) Par ces mots : « ... specialiter remiserint priorem obligatio- « nem et hoc expresserint quod secundam magis... », Justinien exige une *convention spéciale* à l'effet de nover, mais non une *forme spéciale* pour cette convention. De même dans ses Institutes, où il résume ainsi sa Constitution du Code : « ... Nostra « processit Constitutio, quæ apertissime definivit tunc solum fieri « novationem quoties hoc ipsum inter contrahentes expressum « fuerit, quod propter novationem prioris obligationis con- « venerunt; alioquin manere et pristinam obligationem, etc. »

(3) Voyez Locré, t. XII, p. 480.

duisant la nécessité de l'*animus novandi*, il n'a point supprimé la nécessité de la *stipulatio debiti*. Au temps de Justinien tout comme au temps de Gaïus, on ne pouvait nover sans *stipuler*, c'est-à-dire sans la présence des deux parties, et sans stipuler *id quod debetur*, c'est-à-dire sans un objet identique dans l'ancienne obligation et dans la nouvelle. Si l'une de ces deux conditions faisait défaut, la convention de nover restait impuissante : l'ancienne obligation n'était point *novée*, c'est-à-dire éteinte *ipso jure*, elle n'était éteinte que *exceptionis ope*. L'on peut donc se représenter la novation, dans la législation byzantine, comme le composé assez incohérent de deux éléments bien divers : l'un, la *stipulatio debiti*, emprunté à l'ancien formalisme; l'autre, la convention de nover, introduit par l'équité. Mais de ces deux éléments, le premier était usé, le second était plein de force et de vie; le premier ne pouvait donc tarder à être absorbé par le second. La distinction, plus théorique que pratique, entre l'extinction de la dette *ipso jure* ou *exceptionis ope*, tendait de jour en jour à s'effacer, et l'exigence de la *stipulatio debiti* devait nécessairement disparaître avec elle. Aussi le système de Justinien n'a-t-il été qu'un système transitoire : la novation, telle qu'il l'a faite, tient le milieu entre la novation antique et la novation moderne; car, des deux éléments qui la composent, l'un, la *stipulatio debiti*, constituait à lui seul la novation du temps de Gaïus, et l'autre, la convention de nover, constitue à lui seul la novation d'aujourd'hui.

Ainsi tomba pièce à pièce la construction ingénieuse et savante qu'avaient élevée les anciens prudents; des matériaux divers dont ils avaient formé la novation, il n'en est pas un seul, on le voit, qui ait passé dans la novation moderne. Si l'on veut s'en convaincre mieux encore,

l'on n'a qu'à se reporter au passage de Gaïus qui a servi de point de départ à nos recherches ; l'on n'a qu'à se rappeler les trois conditions auxquelles la novation fut primitivement subordonnée, *stipulatio, idem debitum, aliquid novi ;* et l'on reconnaîtra aisément que de ces trois conditions il n'en est aucune dont il puisse être question aujourd'hui. Cela est bien évident pour les deux premières. Cela est moins évident, mais n'est pas moins vrai pour la troisième. Sans doute il est peu probable que les parties aient entendu nover leur créance, si elles n'ont fait que la reproduire sans y rien changer ; mais si en fait cette intention de nover est bien constatée, y aurait-il aujourd'hui un jurisconsulte qui s'avisât de contester la novation sous le prétexte que la seconde créance ne diffère pas *suffisamment* de la première, et de soutenir, par exemple, que l'intervention d'un nouveau codébiteur ne saurait constituer un changement suffisant ? C'est là cependant ce que faisaient les contemporains de Gaïus. C'est qu'au temps de Gaïus un changement était imposé aux parties comme une condition nécessaire pour la régularité de l'acte, tandis que aujourd'hui un changement ne peut plus être qu'un indice de l'intention de nover. Il est donc vrai de dire que cette condition d'un changement a disparu de nos jours aussi complétement que les deux autres, et nous pouvons, en terminant cette seconde étude sur la novation, répéter avec plus d'assurance ce que nous écrivions déjà en terminant la première, c'est qu'il n'y a rien de commun entre la novation de Gaïus et des grands jurisconsultes de Rome, et la novation de notre Code civil.

PAUL GIDE,
Professeur à la Faculté de droit de Paris.

BIBLIOGRAPHIE.

Le Droit et l'Histoire viennent de perdre deux adeptes fervents, hommes de grand mérite et de grand travail, mais d'inégale fécondité et d'inégale notoriété; l'un célèbre, l'autre trop peu connu hors de sa patrie. La destinée les a réunis en les faisant mourir presque le même jour. Je ne profiterai pas de cette coïncidence pour établir entre leurs vies un parallèle boiteux, ni pour comparer à un point de vue plus général la carrière d'un savant Allemand avec celle d'un savant Suisse de langue française. Je me bornerai à rappeler en quelques mots ce qu'a fait Bœcking, et à dire ce qu'a fait Sécretan pour la science juridique et historique.

Edouard Bœcking, né en 1802, à Trarbach, petite ville sise sur la Moselle, mort le 3 mai 1870, a enseigné pendant quarante-quatre ans, à Berlin d'abord, puis à Bonn, où, depuis 1835, il était professeur ordinaire. La forme de ses leçons n'était guère attrayante, mais leur excellence matérielle ne saurait être contestée, et leur influence durera. Ce qui le place au premier rang, ce sont ses œuvres, dont voici l'indication sommaire, mais non la liste complète, car je suis forcé de passer sous silence les nombreux et toujours remarquables articles qu'il a insérés au *Musée Rhénan*, dont il fut, après la mort de Hasse, l'un des directeurs, et dans plusieurs autres *Revues*.

I. C'est surtout dans la publication des sources que Bœcking s'est distingué par plusieurs travaux de premier ordre.

Tous ceux qui ont étudié en Allemagne ont eu entre les mains l'une ou l'autre de ses nombreuses éditions d'Ulpien (dès 1831) et des *Commentaires* de Gaïus (dès 1829, avec les *Institutes* de Justinien, et en collaboration avec Klenze, seuls dès 1837), éditions où règne une critique éminemment sobre. Boecking en a clos la série en 1866 par le magnifique apographe de Gaïus, vrai modèle auquel M. de Bethmann Hollweg a consacré un article instructif dans la *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*.— En 1832, il a publié, après Pierre Pithou, Schultingh, Roever, le troisième livre du régent Dosithée. Vers la même époque; il créait avec Puggé et M. Bethmann Hollweg le *Corpus juris antejustiniani* de Bonn, auquel il a

donné une magistrale préface, les fragments d'Ulpien, ceux de Pomponius, Papinien, Modestin, les *Fragmenta de jure fisci*, Dosithée, Mécien et Balbus, enfin l'Epitome visigothique de Gaïus.

De 1839 à 1853, il a édité la *Notitia dignitatum*, sur laquelle il avait écrit une savante dissertation en 1834.

Enfin, dès 1829, il avait édité le Manuel ravennate, connu sous le nom de *Brachylogus*.

II. En fait de monographies de droit romain, il faut citer, en dehors des *Revues*, le Traité *De mancipii causis*, Berlin, 1826.

III. Bœcking a publié, en vue de ses cours, et à l'usage de ses élèves, une demi-douzaine de Manuels et de programmes, de divers formats, genres et titres, *Abrisse*, *Grundrisse*, *Pandectes*, *Institutes de droit romain privé*, *de droit civil commun*, qui s'introduisent, se complètent, se supposent mutuellement et s'enchevêtrent les uns dans les autres ; d'ailleurs plus ou moins compliqués et détaillés, tantôt contenant un exposé dogmatique, tantôt simples tables des matières raisonnées, toujours hérissées de chiffres, d'abréviations, de signes mystérieux, pleins de rubriques, de renvois et de notes, par conséquent un peu rébarbatifs d'aspect et très-fatigants pour les yeux, mais étonnants par la lecture immense qu'ils révèlent, riches en indications instructives, précieux auxiliaires du travail individuel.

Voilà, certes, un bagage scientifique très-respectable. Eh bien, ce n'est pas tout. Il y avait dans Bœcking à côté du légiste érudit, un philologue et un littérateur patriote. A vingt-six ans, il commentait et traduisait le poëme d'Ausone sur la vallée de la Moselle ; plus tard, il éditait Fortunat, puis passant d'un saut du VIe siècle au XIXe, les œuvres complètes de Schlegel, pour revenir ensuite aux initiateurs modernes, en donnant les célèbres *Epistolæ obscurorum virorum* et les œuvres du chevalier lauréat Ulric de Hutten, toujours de manière à mériter les éloges des lettrés de profession.

Ainsi vouée entièrement à la science, la longue et laborieuse vie de Bœcking offre un bel exemple de développement progressif constant, régulier, et, grâce aux ressources de l'organisation universitaire allemande, nourri de ce qu'il y a

de meilleur dans le milieu le plus propice. Ses ouvrages ont pu être préparés de longue main, conçus à loisir, achevés *con amore*, polis enfin et repolis avec une certaine coquetterie (pas toujours heureuse à mon sens) d'arrangement extérieur, et non sans quelques affectations de style et d'orthographe *réformée*, auxquelles le digne homme semble avoir attaché de l'importance.

Sans se trouver placé dans des conditions à ce point favorables, Édouard Sécretan aussi a pu commencer et finir par l'enseignement. Il s'y est multiplié, professant à la fois ou tour à tour la philosophie du droit, l'histoire du droit, le Code civil, le Code pénal, le droit public et international, l'économie politique, et y joignant encore la pratique du barreau. Son cours historique formait le centre où convergeaient ses études et ses travaux littéraires. Depuis plus de vingt ans, il a publié des fragments plus ou moins étendus d'une *Histoire générale du droit*, tâche trop vaste peut-être, et d'une *Histoire spéciale du droit Vaudois*, sujet restreint en apparence, mais qui s'élargissait entre ses mains. Pour les jurisconsultes de Rome, le droit était la *science des choses divines et humaines*, et ils n'avaient pas tort, en ce sens que, bien considéré, le droit se rattache à tout ce qui constitue la vie des peuples, et que tout se rattache au droit. C'est bien ainsi que l'entendait Sécretan. Consciencieux comme il l'était, il ne croyait pas pouvoir comprendre et connaître le droit sous toutes ses faces, s'il n'explorait aussi les divers domaines contigus, s'il n'approfondissait les disciplines voisines. Il se fit donc philologue, archéologue, ethnographe, géographe, physiologiste même. De ses études préparatoires sortaient des mémoires souvent volumineux, de vrais livres, qu'il communiquait aux Sociétés savantes dont il était membre, et qui sont imprimés dans leurs *Bulletins*. C'est ainsi que pour faire l'histoire juridique des Vaudois, on le voit remonter à leurs ancêtres burgondes, qu'il a étudiés dans leurs origines, dès leur apparition dans l'histoire, avant leur établissement en Séquanaise. De là, de remarquables études sur le poëme des Nibelungen, sur les batailles livrées aux Huns, puis sur l'éta-

blissement même des Burgondes, leurs institutions, leurs lois, leurs relations avec les Gallo-Romains, leur fusion plus ou moins rapide et plus ou moins complète dans l'ancienne population, la permanence de leurs coutumes dans les divers pays qu'ils ont occupés, en Bourgogne, en Franche-Comté, en Dauphiné, en Savoie, comme dans la Suisse Romande. Puis, Sécretan recherche les origines des dynasties nationales, des comtes de Genève, de la maison de Savoie, d'autres encore, toujours puisant aux sources, toujours original, souvent neuf. Arrivé au moyen âge, il entreprend un examen minutieux de la condition des personnes, de l'organisation communale, et surtout du régime féodal. Ici ses études deviennent tout à fait générales; sous prétexte d'introduction au *droit féodal Vaudois*, ou plutôt à la publication d'un cours de droit féodal fait au siècle dernier par son illustre prédécesseur à l'Académie de Lausanne, Béat-Philippe Vicat (1715-1776), et d'un livre manuscrit de Samuel Porta, praticien lausannois de la même époque, il composa un traité complet de 600 pages, l'*Essai sur la féodalité*, qui est excellent. Les anciens lecteurs de la *Revue historique de droit français et étranger* n'ont pas oublié d'ailleurs l'étude *sur la féodalité en Espagne* (t. VIII et IX), qui est aussi un reste de ces recherches accessoires qu'il faisait en quelque sorte incidemment en vue de son but spécial et principal.

La mort a surpris Sécretan au milieu de ses travaux, avant qu'il ait pu les achever et les résumer dans la synthèse qu'il méditait. Qui sait combien de temps se passera avant qu'un autre, suffisamment qualifié, puisse profiter, comme il l'aurait fait, des matériaux qu'il a rassemblés et triés, et recueillir le fruit de ses recherches?

Les écrits de Sécretan sont éparpillés dans plusieurs *Revues*, entre autres dans la *Bibliothèque universelle* de Genève et Lausanne; dans les *Mémoires* de la Société genevoise d'histoire et d'archéologie, dans les *Archives* de la Société d'histoire suisse, et surtout dans les *Mémoires et documents* de la Société d'histoire de la Suisse Romande. C'est dans ce dernier recueil qu'a paru l'*Essai sur la féodalité*, en 1858 et 1859, et le *Premier royaume de Bourgogne*, en 1868.

Cette activité si variée et si intense n'absorbait point

l'homme distingué que nous regrettons. Sécretan a été assez mêlé à la politique de son pays. On le classait parmi les libéraux conservateurs. Par le fait, il était indépendant avant tout, dans la vie publique comme dans la science ; il n'était d'aucune coterie politique, ni sociale, ni religieuse, et je crois qu'il ne se laissait guère conduire que par sa conscience, qui était étroite, et son cœur qui était large. Au reste, bien qu'il fût d'un naturel énergique et un peu entier, il n'avait aucune ambition personnelle ; son désintéressement était complet, sa vie d'une simplicité toute démocratique.

Edouard Sécretan appartenait à une fort ancienne famille lausannoise, qui a fourni et fournit encore nombre d'hommes marquants à la magistrature, au barreau, à l'enseignement, au clergé protestant et à la politique suisse. Il est mort le 29 avril dernier, avant d'avoir accompli sa cinquante septième année.

Alphonse Rivier.

De la Condition légale des sociétés étrangères en France, *et des rapports de ces sociétés avec leurs actionnaires, porteurs d'obligations et autres créanciers ;* par Charles Lyon-Caen, agrégé à la Faculté de droit de Nancy, avocat à la Cour impériale. Brochure in-8 de 166 pag. Prix : 3 fr. Paris, Cotillon, libraire, 24, rue Soufflot.

Sous ce titre : *De la Condition légale des sociétés étrangères en France,* M. Charles Lyon-Caen vient de publier une brochure, nous pourrions presque dire un livre, dans lequel il cherche à appeler l'attention des jurisconsultes d'abord, et du législateur ensuite, sur une partie du droit international privé, un peu trop négligée jusqu'ici. L'auteur prend soin d'indiquer lui-même le but qu'il s'est proposé. Après avoir constaté qu'on s'est beaucoup occupé de tout temps de la condition des étrangers en France, et rappelé que de nombreux ouvrages ont été composés sur cette matière, M. Lyon-Caen poursuit : « Mais jusqu'ici, dans ces sortes d'études de droit international privé, l'attention des jurisconsultes ne s'est guère portée que sur les personnes étrangères propre-

ment dites (personnes physiques). Cependant, le développement du commerce et des relations entre les peuples a fait naître, pour les personnes morales, pour les sociétés commerciales étrangères, des questions analogues à celles dont on ne s'occupait guère autrefois qu'à propos des étrangers. Pour ces sociétés, aussi, il y a lieu de rechercher quels sont les droits dont elles jouissent en France, et si elles sont soumises aux lois françaises ou aux lois de leur pays, quand elles viennent opérer chez nous. Ces questions ont aujourd'hui une importance pratique considérable : les commerçants français entrent de plus en plus en rapport avec les sociétés étrangères, grâce aux principes du libre-échange; les spéculateurs, attirés par les bénéfices qu'elles offrent, placent leurs fonds en obligations ou en actions étrangères. N'ont-ils pas tous le plus grand intérêt à savoir s'ils peuvent plaider en France avec ces sociétés, et sous quels rapports les contrats qu'ils font avec elles sont régis par la loi française ou par la loi étrangère? — Nous nous proposons précisément d'examiner cette partie du droit international privé..... »

On le voit par cette courte citation, le sujet est bien choisi; et peu de sujets, il faut en convenir, présentent aujourd'hui, où une grande partie de la fortune des citoyens français est engagée dans les valeurs étrangères, un pareil caractère d'opportunité. Aussi prenons-nous bien volontiers la plume, non pour analyser le traité de M. Lyon-Caen (il faudrait pour cela un long article, et quelques pages seulement nous sont réservées ici), mais pour lui rendre l'hommage qui lui est dû, et donner une idée sommaire de son importance et de ses mérites. Indiquons donc brièvement la marche suivie par l'auteur dans l'examen d'une matière particulièrement délicate à traiter en présence du laconisme de la loi et des incertitudes de la jurisprudence.

L'ouvrage a trois chapitres pleins de substance.

Le premier chapitre est consacré à établir la condition légale des sociétés étrangères avant la loi du 30 mai 1857, qui régit actuellement la matière. Pourquoi ce chapitre? Ce chapitre n'offre pas seulement, comme on pourrait le croire, un pur intérêt historique, mais il offre encore un véritable intérêt pratique. Il importe, en effet, pour bien fixer la portée

et le sens de la loi de 1857, de rechercher préalablement quelle était avant elle la situation des sociétés étrangères en France, parce que cette loi a été provoquée par les graves inconvénients résultant de cette situation, et non point par la seule considération des principes, et cela importe d'autant plus que, selon notre auteur dont nous partageons l'opinion, il est des sociétés anonymes étrangères qui se trouvent encore aujourd'hui dans la situation où elles étaient toutes antérieurement à la nouvelle loi.

Le deuxième chapitre, qui est de beaucoup le plus important, contient l'exposé complet de la situation légale des sociétés étrangères en France, depuis la loi précitée. Ce chapitre est divisé en deux paragraphes, dont voici le contenu. Dans le premier, l'auteur s'occupe de la condition légale des sociétés étrangères en France, au point de vue des opérations qu'elles veulent y faire, et des procès qu'elles ont à y soutenir, en tenant compte de la différence qui doit exister entre les sociétés étrangères autorisées à y agir par un décret général s'appliquant à toutes les sociétés d'un même pays, et les sociétés étrangères non autorisées, ni par décret, ni par traité, à y exercer leurs droits. Et d'abord, quels sont les droits dont jouissent en France les sociétés autorisées? Le principe général est, d'après la loi du 30 mai 1857, qu'elles peuvent exercer tous leurs droits, et ester en justice en France, en se conformant aux lois de l'Empire. Quels sont le sens et la portée qu'il faut donner à cette disposition? C'est ce que l'auteur s'efforce de préciser, et il ne consacre pas à cela moins de soixante pages (page 53 à page 113). Parmi les nombreuses questions que M. Lyon-Caen a passées en revue, nous signalerons comme supérieurement traitées les trois questions suivantes : 1° Les actionnaires ou obligataires français peuvent-ils réclamer le payement d'intérêts supérieurs aux intérêts légaux fixés par la loi du 3 septembre 1807? 2° Faut-il appliquer la prescription quinquennale de l'art. 64 du Code de commerce, au profit des associés français actionnés devant nos tribunaux, en faisant abandon des dispositions différentes des lois étrangères? 3° La clause compromissaire insérée dans les statuts d'une société étrangère peut-elle être opposée aux Français qui actionnent la société

devant les tribunaux français? La vraie solution de ces questions, et nous pensons que M. Lyon-Caen l'a donnée, présente beaucoup d'intérêt, car souvent les tribunaux sont appelés à les résoudre, et malheureusement la jurisprudence est encore incertaine et flottante. Maintenant, quelle est la condition des sociétés étrangères non autorisées, ni par décret, ni par traité, à exercer leurs droits en France? L'auteur pense, bien qu'on l'ait contesté, que ces sociétés, notamment les sociétés anonymes étrangères, quoique dûment reconnues par le gouvernement du pays où elles se sont constituées, n'ont point en France d'existence légale, et que par suite elles n'y peuvent en principe opérer ni agir en justice. Nous sommes complétement de cet avis; cette solution nous paraît résulter jusqu'à l'évidence des dispositions de la loi de 1857. En effet, cette loi, après avoir, dans son art. 1er, concédé aux sociétés anonymes ou autres associations légalement constituées en Belgique, la faculté d'exercer leurs droits en France, et d'y ester en justice, ajoute, dans son art. 2e, qu'un décret impérial, rendu en conseil d'État, peut appliquer à tous les autres pays le bénéfice de l'art. 1er; or, ceci n'implique-t-il pas, par *à contrario*, la négation de cette faculté pour les sociétés anonymes établies dans des pays en faveur desquels un pareil décret n'a pas été rendu? Toutefois, l'auteur, d'accord en cela avec la jurisprudence, reconnaît en elles des sociétés de fait qui, si elles ne peuvent se constituer demanderesses en France, peuvent du moins être actionnées devant nos tribunaux comme défenderesses; ajoutons que ce tempérament est dicté par l'équité : comment, une société de ce genre, obligée envers des Français, fût-ce même par des délits ou des quasi-délits, échapperait à l'exécution de ses obligations! Les ouvriers français, qui auraient travaillé pour elle, pourraient se voir impunément refuser le payement de leurs salaires! Voilà, en abrégé, le langage de notre auteur. — Dans le second paragraphe, l'auteur s'occupe encore de la condition légale des sociétés étrangères en France, mais cette fois au point de vue soit de l'émission de leurs titres en France, soit de la négociation de ces titres dans les Bourses françaises, et des impôts auxquels ils sont soumis. Nous nous bornerons à dire, sur ce

point, que toutes les dispositions fiscales relatives aux valeurs des sociétés étrangères sont ici soigneusement examinées.

Enfin, dans le troisième et dernier chapitre, en forme de conclusion, l'auteur signale avec beaucoup de finesse les vices de la législation actuelle sur les sociétés étrangères, et indique avec une certaine hardiesse, inspirée d'ailleurs par une conviction profonde et réfléchie, les réformes à y apporter. Le législateur, ainsi que le remarque judicieusement l'auteur, avait, en réglementant cette matière, à éviter deux écueils : d'une part, il ne devait pas soumettre à des conditions trop rigoureuses le droit pour les sociétés étrangères de faire des opérations en France et d'y plaider, car il aurait exposé à des représailles les sociétés françaises; d'autre part, et à l'inverse, il ne devait pas non plus, en se montrant trop libéral à l'égard des sociétés étrangères, leur accorder une liberté, dont, même depuis la loi du 24 juillet 1867, les sociétés françaises ne jouissent pas encore, car c'eût été placer nos sociétés dans une position d'infériorité vis-à-vis des premières. Or, d'après M. Charles Lyon-Caen, si personne ne saurait raisonnablement reprocher au législateur d'avoir échoué au premier écueil; au contraire, on peut à bon droit lui reprocher de n'avoir pas su échapper au second. Le mal consiste donc dans la concession du droit d'agir en France à des sociétés qui jouissent d'une liberté plus grande que les sociétés françaises; pour le prouver, il suffit notamment de constater avec notre auteur que : chez nous les sociétés anonymes, bien qu'affranchies, depuis 1867, du contrôle du Gouvernement, ne peuvent se constituer qu'après la souscription intégrale du capital social et le versement du quart de chaque action (art. 1er, loi de 1867), tandis que dans les sociétés anonymes italiennes qui sont autorisées à agir en France (décret du 8 septembre 1860), la souscription des quatre cinquièmes et le versement du dixième sont suffisants (art. 134 du Code de commerce italien de 1865). A ce mal, quel est le remède proposé par M. Ch. Lyon-Caen? Faut-il, avant de les autoriser à agir en France, obliger les sociétés des pays étrangers, plus libéralement traitées par leurs lois que les sociétés françaises, à se soumettre à toutes les conditions édictées par la loi pour nos sociétés? Ou bien faut-il,

au contraire, supprimer la réglementation excessive imposée aux sociétés françaises, retenues encore aujourd'hui dans un cercle de restrictions presque toutes inconnues aux peuples de l'Europe? L'auteur, dont l'œuvre entière est empreinte d'un sentiment libéral incontestable, se prononce en faveur du dernier système : il est partisan de la liberté des sociétés, de la liberté qui, selon ses propres expressions, ici comme en presque toutes matières, constitue la meilleure garantie des droits; mais il ne veut, bien entendu, de cette libert qu'à la condition d'une publicité extrême; et il cite en ce sens les discours de MM. Jules Simon et Emile Ollivier, dans la discussion de la loi du 24 juillet 1867. Toutefois, le mal provient non-seulement de la réglementation de nos sociétés, mais aussi des différences existant entre les diverses législations européennes. Aussi l'auteur, en terminant, appelle de tous ses vœux, auxquels nous nous associons de grand cœur, l'établissement d'une législation commerciale européenne, uniforme. L'uniformité des lois commerciales aurait, en effet, l'avantage énorme de permettre à la concurrence de s'exercer dans des conditions parfaites d'égalité, et partant de justice, pour les sociétés françaises et étrangères, même dans le cas où, sans établir pour les sociétés une liberté absolue, on les soumettrait, dans tous les pays civilisés, aux mêmes conditions réglementaires.

Telle est la substance du livre dont M. Ch. Lyon-Caen vient d'enrichir notre chère et belle science du droit. En somme, ce livre est tout à fait digne d'attention; il révèle chez son auteur des qualités diverses : l'esprit d'ordre, la netteté de l'exposition, l'exactitude de l'argumentation; en un mot, le talent et la science du jurisconsulte. Il fait le plus grand honneur au jeune professeur qui l'a écrit, et qui a ainsi tenu à justifier le bonheur de ses brillants débuts.

Antoine Duplessis,
docteur en droit.

TABLE DES MATIÈRES.

Pages.

INTRODUCTION, par M. ED. LABOULAYE. 5

DE LA PREUVE TESTIMONIALE ET LITTÉRALE EN PROVENCE AUX XIIIe ET XIVe SIÈCLES, par M. R. de FRESQUET, professeur à la Faculté de droit d'Aix. 13

ANCIENNE COUTUME DE THÉGRA (en Quercy), par M. EUGÈNE DE ROZIÈRE. 43

PIERRE D'AIREBAUDOUZE DU CEST, JURISCONSULTE GENEVOIS (1555-1627), par M. ALPHONSE RIVIER, professeur de Pandectes à l'Université de Bruxelles. 57

UN PACTUM FIDUCIÆ, note sur une inscription latine récemment découverte, par M. PAUL GIDE, professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris. 74

BIBLIOGRAPHIE. 93

DU CARACTÈRE DE LA NOVATION EN DROIT ROMAIN, par M. PAUL GIDE, professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris. . . 113

LES FORMULES DE SIRMOND, par M. R. DE HUBÉ, sénateur à Varsovie. 149

ESSAI HISTORIQUE SUR LA LÉGISLATION DU DOUAIRE DANS LE DROIT GERMANIQUE, par M. RIMASSON, docteur en droit, archiviste de la ville d'Orléans. 157

CHARTE DU CONSULAT D'UZÈS, par M. EUGÈNE DE ROZIÈRE. . . 180

BIBLIOGRAPHIE, par MM. GIRAUD, membre de l'Institut, et DESJARDINS, professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris. 193

LA RÉSERVE HÉRÉDITAIRE DANS L'INDE ANCIENNE ET MODERNE, par M. G. BOISSONADE, professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris. 229

LE TRAITÉ DES LOIS DE THÉOPHRASTE, par M. R. DARESTE. . 262

DOCUMENT INÉDIT RELATIF A L'HISTOIRE DE LA TUTELLE TESTAMENTAIRE, par M. H. D'ARBOIS DE JUBAINVILLE, archiviste du département de l'Aube. 295

DEUX JUBILÉS DE JURISCONSULTES ALLEMANDS : BETHMANN-HOLLWEG ET FRÉDÉRIC BLUHME, par M. CH. LE FORT, docteur en droit, professeur à l'Académie de Genève. . . . 302

NOTE ADDITIONNELLE A LA COUTUME DE THÉGRA, par M. EUGÈNE DE ROZIÈRE. 309

BIBLIOGRAPHIE. — HISTOIRE DES INSTITUTIONS JUDICIAIRES DES ROMAINS (juridictions, actions, procédure), par J. LATREILLE, juge au tribunal de Saint-Girons; compte-rendu par M. CH. DEMANGEAT, professeur à la Faculté de droit de Paris. — DE BURGUNDIÆ HISTORIA ET RATIONE POLITICA [illegible] ÆTATE, thesim proponebat Facultati litterarum [illegible] LUD. DRAPEYRON. — L'ARISTOCRATIE ROMAINE [illegible] par le même; compte-rendu par M. [illegible] ESSAI SUR LA MISE EN DEMEURE ET SES [illegible] SEPH PAGET, docteur en droit; compte-rendu [illegible]

FILS, professeur agrégé à la Faculté de droit de Paris. — ARCHIVIO GIURIDICO, PIETRO ELLERO, compte-rendu par M. AMÉDÉE ROUX. — TRAITÉ THÉORIQUE ET PRATIQUE DES CASIERS JUDICIAIRES EN FRANCE ET A L'ÉTRANGER, par M. O. DESPATYS, substitut du procureur impérial à Reims ; compte-rendu par M. PAUL CHARPENTIER. 312

CHRONIQUE. 340

LA LIBERTÉ DE CONSCIENCE A ATHÈNES, par M. E. CAILLEMER, professeur à la Faculté de droit de Grenoble. 341

DE L'EXPROPRIATION POUR CAUSE D'UTILITÉ PUBLIQUE EN DROIT ROMAIN, par M. René de RÉCY. 355

ESSAI HISTORIQUE SUR LA LÉGISLATION DU DOUAIRE DANS LE DROIT GERMANIQUE, par M. Julien RIMASSON, archiviste de la ville d'Orléans, docteur en droit. 272

ETUDES SUR MONTESQUIEU, par M. Frédéric SLOPIS. . . . 497

BIBLIOGRAPHIE. — CONFÉRENCES SUR L'ADMINISTRATION ET LE DROIT ADMINISTRATIF, FAITES A L'ÉCOLE IMPÉRIALE DES PONTS ET CHAUSSÉES, par M. AUCOC. — MANUEL DU DROIT INDOU, applicable dans les établissements français de l'Inde, par M. LAUDE, procureur général.—LOI SUR LA PROCÉDURE CIVILE DU CANTON DE GENÈVE, suivie de l'exposé des motifs, par feu P. F. BELLOT, professeur de droit.— SUMMA LEGIS LONGOBARDORUM, publiée d'après les manuscrits, par M. Auguste ANSCHUTZ, professeur à l'Université de Halle. — PAUL ROTH, ZUR GESCHICHTE DES BAYERISCHEN VOLKSRECHTES. 527

CHRONIQUE. 533

OBSERVATIONS SUR LES RESPONSA PRUDENTIUM, par M. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris. 535

OBSERVATIONS SUR LA PEINE DE MORT, par M. Léopold THÉZARD, avocat, professeur agrégé de procédure civile et de législation criminelle à la Faculté de droit de Poitiers. . . 561

DROITS ET COUTUMES DE REMIREMONT, par M. E. BONVALOT. . 585

PROJET D'UN CODE DE PROCÉDURE CIVILE POUR LA BELGIQUE, par M. Charles BROCHER, professeur à Genève. 608

BIBLIOGRAPHIE. 621

LE CONTRAT DE VENTE A ATHÈNES, par M. E. CAILLEMER, professeur à la Faculté de droit de Grenoble. 631

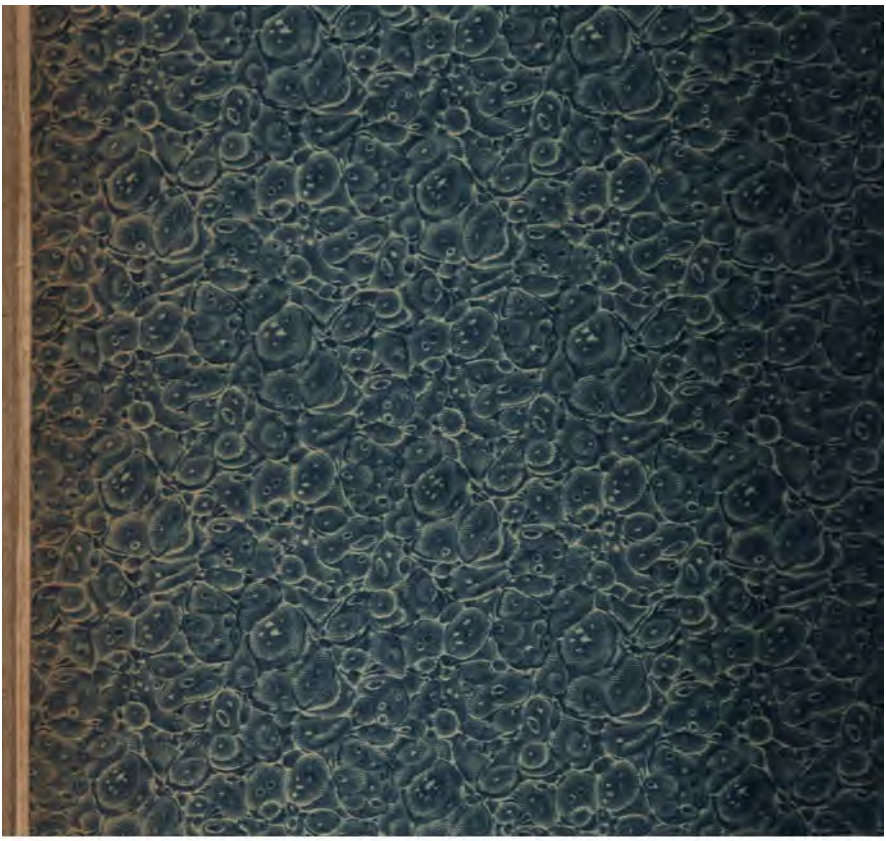
DES CONDITIONS DE LA NOVATION D'APRÈS LES INSTITUTES DE GAÏUS, par M. Paul GIDE, professeur à la Faculté de droit de Paris. 671

BIBLIOGRAPHIE, par MM. Alphonse RIVIER et Antoine DUPLESSIS. 731

Table des matières du tome Ier (1870-1871). 741

Paris. — Typ. A. PARENT, rue Monsieur-le-Prince, 31.

NOV 24 1920



3 9015 06237 4437